UNIVERSITE DE STRASBOURG
FACULTE DE DROIT
ET DES SCIENCES POLITIQUES ET ECONOMIQUES

LA NULLITÉ PARTIELLE DES ACTES JURIDIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 3 avril 1968

PAR

PHILIPPE SIMLER

MEMBRES DU JURY :

Président : M. ALEX WEILL, Doyen

Suffragants :
M. Hicri FISEK, Professeur à la Faculté de Droit d'Ankara, professeur associé
M. Alfred RIEG, Professeur
Mme Danièle HUET-WEILLER, Maître de Conférences agrégée

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot (Ve)
PARIS

1969

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548025_0034

LA NULLITÉ PARTIELLE DES ACTES JURIDIQUES

UNIVERSITE DE STRASBOURG
FACULTE DE DROIT
ET DES SCIENCES POLITIQUES ET ECONOMIQUES

LA NULLITÉ PARTIELLE DES ACTES JURIDIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 3 avril 1968

PAR

PHILIPPE SIMLER

MEMBRES DU JURY :

Président : M. ALEX WEILL, Doyen

Suffragants :
- M. Hicri FISEK, Professeur à la Faculté de Droit d'Ankara, professeur associé
- M. Alfred RIEG, Professeur
- Mme Danièle HUET-WEILLER, Maître de Conférences agrégée

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot (V^e^)
PARIS

1969

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

1. — Dans la théorie générale de l'acte juridique, le problème de la sanction de l'inobservation des règles de droit occupe une place importante. Certes, le droit n'est pas exclusivement, comme la médecine, une science des situations pathologiques. Il est, bien au contraire, un principe d'organisation. Il n'en est pas moins vrai qu'en fait les situations parfaitement normales, donc conformes au droit, — le contrat valablement formé et scrupuleusement exécuté, la famille harmonieusement unie, l'individu de conduite irréprochable... — ne posent guère de problèmes au juriste. L'emprise du droit n'est pas absente de ces situations, puisque précisément elles sont conformes au droit. Mais elle est imperceptible. Lorsque, au contraire, les rouages se dérèglent, c'est-à-dire lorsque la réalité ne suit plus le chemin tracé par le droit, l'intervention de celui-ci devient tangible. Et c'est seulement sous cet aspect sanctionnateur que l'homme de la rue connaît le droit. En matière d'actes juridiques, la théorie des nullités constitue l'une des principales manifestations de cet aspect du droit.

De nombreux auteurs ont apporté leur contribution à l'étude de ce problème, par des approches d'ailleurs très différentes. Les uns ont étudié le problème dans son essence même. Leurs travaux, consignés soit dans les traités ou manuels, soit dans des thèses ou monographies (1), sont consacrés à la « théorie générale des nullités ». D'au-

1. - (1) Ces travaux ont été surtout abondants au XIX^e^ siècle. Leur objet principal était la classification en nullités relatives, nullités absolues et inexistences. Les auteurs du XX^e^ siècle ont été moins attirés par ce problème. Mais ceux qui l'ont étudié, l'ont fait dans une optique nouvelle, plus réaliste. Cf. en particulier les thèses de DROGOUL, Essai d'une théorie générale des nullités, Paris, 1902 ; JAPIOT, Des nullités en matière d'actes juridiques, Dijon, 1909 ; LUTZESCO, Théorie et pratique des nullités, Paris, 1938. V° également : E. GAUDEMET, Théorie générale des obligations, publiée par H. Desbois et J. Gaudemet, 1937, pp. 140-199.

tres ont procédé à un examen approfondi de certains cas particuliers de nullité, plus précisément de la nullité de telles clauses ou stipulations, comme les clauses d'irresponsabilité, les clauses monétaires, la clause compromissoire, les charges ou conditions dans les libéralités, etc... Est-il besoin de dire que ces deux points de vue — au demeurant complémentaires — sont aussi indispensables l'un que l'autre ?

2. — De prime abord, la seconde démarche doctrinale suggère que, dans un acte juridique donné, une seule clause ou disposition peut être nulle, qu'il peut donc y avoir des nullités qui ne sont que partielles.

Remarquons immédiatement combien cette expression de « nullité partielle » surprend le juriste français. Rares sont les auteurs qui l'ont employée. Et il en est de même en jurisprudence. Pourtant, ce n'est pas d'un phénomène juridique nouveau, inconnu du droit français, qu'il s'agit : le second point de vue doctrinal précité le prouve et de nombreux textes du Code civil et de la législation postérieure en contiennent des applications. Il n'en reste pas moins qu'à notre connaissance jamais ce phénomène n'a été étudié en France en tant que notion juridique autonome.

Cette constatation mérite qu'on s'arrête à cette notion pour en faire une étude approfondie, à condition, toutefois, qu'elle recèle effectivement quelque originalité et que son étude présente une certaine utilité. Si ces deux propositions — originalité de la notion et utilité de son étude — s'avèrent exactes au terme de cette introduction, elles constitueront une justification certaine de notre entreprise.

Le droit comparé, en particulier celui de certains de nos voisins immédiats : l'Allemagne et la Suisse, est un autre facteur d'encouragement très appréciable. Il se trouve, en effet, que la notion de nullité partielle, inconnue en tant que telle en France, joue un rôle non négligeable dans le droit des obligations de ces pays, où de nombreux ouvrages lui ont été consacrés (1). A une époque où l'on parle de plus en plus d'unification législative, précisément dans le domaine du droit des obligations, une mise au point française de cette question ne peut qu'être utile.

Comment le problème de la nullité partielle se pose-t-il en droit positif français ? Comment peut-on définir cette notion et la distinguer d'hypothèses voisines ? Enfin, dans quelle mesure la notion de nullité partielle peut-elle s'intégrer dans la théorie générale des nullités du droit français ? Tels sont les trois problèmes préliminaires qu'il convient de résoudre.

2. - (1) Cf. : Les leçons du droit comparé, et la bibliographie citée, *infra*, n°s 341 ss.

Section I

LA POSITION DU PROBLEME : NULLITES PARTIELLES ET DROIT POSITIF FRANÇAIS

Si le droit positif français ne connaît pas la *notion* de nullité partielle, du moins recèle-t-il de nombreux *cas* concrets dans lesquels une clause, une stipulation, une partie d'un acte juridique est nulle, sans que pour autant l'acte lui-même soit anéanti. Les textes, la jurisprudence et la doctrine nous permettent de vérifier cette assertion.

§ 1. — Les textes.

3. — Comme dans de nombreux domaines, il existe, en matière de nullité partielle, des textes fournissant des règles plus ou moins générales, alors que d'autres concernent exclusivement des hypothèses particulières.

Le Code civil français ne contient aucun principe général en matière de nullité partielle. Cependant, deux articles du Code se rapportent directement à ce problème : les articles 900 et 1172, relatifs respectivement aux actes à titre gratuit et aux actes à titre onéreux :

Art. 900 :

> « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. »

Art. 1172 :

> « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend. »

Une jurisprudence constante et une doctrine unanime donnent un sens très large au concept de « condition » visé dans les deux textes en y incluant les notions de « charge » et de « clause » en général. Dans cette interprétation, ces deux articles juxtaposés englobent, par conséquent, l'ensemble des actes juridiques (1) et fournissent apparemment les données d'un système cohérent : principe de nullité partielle en matière d'actes à titre gratuit et principe inverse de nullité

3. - (1) Il est communément admis que la distinction entre actes à titre gratuit et actes à titre onéreux constitue la « *summa divisio* » des actes juridiques. Cela est contesté par certains auteurs qui relèvent l'existence d'actes qui ne sont ni à titre gratuit, ni à titre onéreux, notamment les renonciations purement abdicatives. Cf. à ce sujet, *infra*, n°s 102 ss.

totale pour les actes à titre onéreux. La réalité jurisprudentielle est cependant très éloignée de cette simplicité des textes.

4. — Les articles 900 et 1172 ne sont cependant pas les seuls textes du Code civil qui impliquent la notion de nullité partielle. De nombreux articles prohibent certaines stipulations particulières (1), limitent la capacité de disposer ou de recevoir de certaines personnes (2) ou l'étendue de certaines prestations ou obligations (3), sans toujours se préoccuper, contrairement aux articles 900 et 1172, du sort de l'acte juridique ainsi partiellement vicié.

Le phénomène est plus apparent encore dans les lois postérieures et non incorporées au Code, en particulier dans la législation du XX[e] siècle. De très nombreux textes, instruments de l'interventionnisme législatif dans le domaine contractuel, ont un caractère d'ordre public. La part laissée à l'autonomie de la volonté, au libre aménagement du contrat par les parties, s'amenuise de plus en plus. Cette législation, outre le caractère d'ordre public qui y est souvent expressément stipulé, est truffée de formules telles que: «nonobstant toute clause contraire...», « est nulle toute clause par laquelle... », etc... Voici quelques exemples parmi les plus importants. Dans la loi du 1[er] septembre 1948 sur les baux d'habitation et professionnels, non seulement l'article 87 précise qu'elle est d'ordre public (4), ce qui implique la nullité des stipulations contraires, mais plusieurs articles (5) répètent encore isolément cette sanction. Le décret du 30 septembre 1953, relatif aux baux commerciaux, utilise un procédé quelque peu différent : ce n'est pas l'ensemble du texte qui est d'ordre public, mais seulement certains articles qui prescrivent la nullité des clauses contraires (6). Le décret du 16 avril 1955, concernant les baux ruraux (7), adopte la même technique d'intervention que celui du 30 septembre 1953 précité : les articles 811, 830, 840, 851-1, 857, 860..., du Code rural édictent la nullité de certaines dispositions. La loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance, enfin, stipule, dans son article 2, que ses prescriptions ne peuvent être modifiées par convention, sauf celles contenues dans un certain nombre d'articles énumérés. Toute clause contraire aux autres articles de la loi est donc nulle.

4. - (1) Art. 791 et 1130, al. 2, 896, 965, 1855...
(2) Art. 481 à 484 anciens, 904, 908, 920 et 1098...
(3) Art. 1780, 815, al. 2, 1660, 1026, al. 2...
(4) L'article 87 stipule d'ordre public le Titre I. Mais en fait lui seul concerne le statut de ces baux, le Titre II étant relatif à l'allocation de logement.
(5) Art. 63, 70, 72, 75, 80.
(6) Art. 34, 35, 35-1, 35-2, 36...
(7) Art. 790 à 957 du Code rural.

De ce rapide examen législatif on peut d'ores et déjà conclure que les cas dans lesquels la nullité ne frappe qu'une clause d'un acte juridique sont innombrables. Mais, si quelquefois on peut déduire des termes employés par le législateur que la sanction ne frappe que la clause prohibée ou au contraire s'étend au contrat tout entier — encore verrons-nous que la jurisprudence ne s'en tient guère à ces termes —, le plus souvent, le législateur se contente de sanctionner certaines dispositions sans se préoccuper de la répercussion de leur nullité sur les actes qui les contiennent. C'est alors à la jurisprudence qu'il incombe de trancher cette question.

§ 2. — La jurisprudence.

5. — Chargée d'assurer le respect de toutes ces prohibitions, quelles solutions la jurisprudence a-t-elle adoptées en ce qui concerne l'étendue de la nullité d'un acte partiellement vicié (1) ? Elle aurait pu se contenter d'appliquer littéralement les articles 900 et 1172. Mais cette solution de facilité a rapidement été abandonnée par elle.

S'agissant de l'article 900, d'inspiration essentiellement politique, les tribunaux ont cherché par différents moyens, dès le début du XIX^e^ siècle, à le tourner. Dans de nombreux cas, en effet, sa sanction heurtait de front les intentions du disposant. La solution finalement retenue, aujourd'hui unanimement admise par la jurisprudence et approuvée par la doctrine dominante, réside dans la notion de cause, dans les articles 1131-1133 du Code civil. Lorsque la charge ou la condition nulle est la cause impulsive et déterminante de la libéralité, ce n'est pas seulement cette charge ou cette condition qui est annulée, comme le voudrait l'article 900, mais la libéralité tout entière, pour illicéité ou immoralité de la cause, en application des articles 1131-1133.

Une évolution analogue et en sens contraire s'est produite dans l'interprétation de l'article 1172. Cependant, l'aménagement de l'application de l'article 1172 a présenté moins de difficultés. Le texte prévoit, en effet, que toute condition impossible, illicite ou immorale est nulle et « rend nulle la convention QUI EN DÉPEND ». Dans son raisonnement, la jurisprudence a mis tout le poids sur la fin du texte. Elle n'annule la convention elle-même que si réellement elle « dépend », dans l'esprit des parties, de la clause nulle, c'est-à-dire si la clause nulle a été une condition impulsive et déterminante de la convention.

5. - (1) Nous n'indiquons ici que les principes de solutions indispensables à la compréhension du sujet de ce travail. Ces solutions feront l'objet d'appréciations critiques approfondies dans des développements ultérieurs.

Si la clause nulle n'a pas revêtu ce caractère, la nullité se limitera à elle seule.

Finalement, par l'aménagement de l'application de ces deux textes prévoyant originairement des solutions rigoureusement opposées, les tribunaux ont mis sur pied une règle apparemment uniforme (2) : la nullité d'une clause n'entraîne la nullité de l'acte lui-même que si cette clause peut être considérée comme la cause ou la condition impulsive et déterminante de cet acte.

En ce qui concerne les textes particuliers, on peut dire que la jurisprudence ne s'est guère souciée de l'harmonie de ses solutions. Il eût été concevable d'admettre que, sauf exceptions expressément prévues, ces textes se contentent d'édicter la nullité des clauses, et que l'étendue de la nullité de l'acte soit déterminée en fonction des articles 900 et 1172. Un principe unique aurait ainsi fourni la solution du problème de l'étendue de la nullité en présence d'une clause nulle. En réalité, si parfois les tribunaux ont effectivement recours à ces deux articles, ils recherchent plus fréquemment la solution soit dans une application littérale et rigoureuse des textes particuliers — un tel scrupule dans le raisonnement paraissant pour le moins curieux, comparé aux libertés prises par les mêmes tribunaux avec les articles 900 et 1172 —, soit dans des considérations propres à chaque situation, aboutissant à une casuistique pleine de contradictions. Il est vrai que, pour cette délicate question, la jurisprudence se trouve entièrement livrée à elle-même. La doctrine, qui lui sert si souvent de guide, ne lui a pas été, cette fois, d'un grand secours.

§ 3. — La doctrine.

6. — La doctrine française a, sur ce point, indubitablement manqué à sa mission (1). Elle n'ignore évidemment pas l'existence des différents CAS de nullité partielle. Mais elle s'est contentée de cela : la NOTION de nullité partielle n'a pas été dégagée par elle. Certes, les auteurs ont longuement commenté, pour les critiquer ou les approuver, les solutions prétoriennes relatives à l'article 900. Mais, déjà, l'évolution parallèle de l'article 1172 a beaucoup moins retenu leur attention. Le plus souvent, il en est simplement fait mention, comme d'une donnée du droit positif. Si les auteurs n'ont généralement pas manqué de relever la convergence dans l'interprétation jurispruden-

5. - (2) Sous réserve des observations que nous ferons à ce sujet dans la IIe Partie, cf. *infra*, nos 258 ss.

6. - (1) Il n'en est pas de même à l'étranger. Cf. « Les leçons du droit comparé », et les références citées, *infra*, nos 341 ss.

tielle de ces deux articles du Code civil, ils se bornent à constater le phénomène, avec une certaine perplexité parfois.

Les auteurs qui ont étudié le problème des nullités en général ont tous longuement développé les questions relatives aux causes de nullité, aux différentes sortes de nullité, aux titulaires de l'action, aux effets de la nullité, etc... Aucun n'a consacré un développement tant soit peu important au problème de l'étendue de la nullité, sinon pour mentionner laconiquement que la nullité ne vicie parfois qu'une clause d'un acte (2).

Le but de notre travail est, sinon de combler cette lacune, du moins de montrer qu'une lacune existe réellement. Pour cela, un diagnostic approfondi de notre droit positif devra être établi. Ce n'est qu'ensuite que la mise en œuvre de remèdes appropriés, existants ou à créer, pourra être envisagée. Mais il faut tout d'abord définir, de manière plus précise, ce que nous entendons par cette expression de nullité partielle.

Section II

DEFINITION DE LA NOTION DE NULLITE PARTIELLE ET NOTIONS VOISINES

7. — De prime abord, définir la notion de nullité partielle ne paraît poser aucun problème. Un acte est partiellement nul lorsque l'une seulement de ses parties est viciée et annulée. Mais ce n'est là qu'une vaine lapalissade. Encore faut-il savoir ce qu'est une « partie » d'un acte et quand la nullité de cette seule partie peut se concevoir. Pour répondre à ces questions, il convient de procéder par approches successives, en prenant comme point de départ la constatation empirique du phénomène, pour aboutir à un critère proprement juridique. Enfin, après cet examen du contenu positif de la notion de nullité partielle, il y aura lieu de la définir par ce qu'elle n'est pas, en la confrontant avec les notions et institutions qui présentent des analogies avec elle.

§ 1. — Définition technique de la notion de nullité partielle.

8. — A un point de vue assez primaire, il y a nullité partielle lorsque le jugement supprime dans un acte juridique donné une

6. - (2) Cf. Drogoul, *op. cit.*, p. 207 ; Japiot, *op. cit.*, pp. 279, 296 ss., 327 ; Lutzesco, *op. cit.*, p. 403.

clause ou une partie matérialisée de cet acte. Mais qu'est-ce, tout d'abord, qu'une « clause » ? Des définitions plus ou moins élaborées sont concevables.

Dans une acception purement matérielle, la plus communément admise, une clause est une partie d'un acte juridique constituant une unité en soi, distincte des autres parties de l'acte (1). Un contrat de vente, par exemple, sera fait de la juxtaposition des clauses suivantes : détermination de l'objet de la vente, fixation du prix, éventuellement détermination des modes, lieux et délais de paiement, subordination à une condition, etc... Un testament comprendra plusieurs legs, eux-mêmes affectés de conditions ou charges. Mais la réalité n'est pas aussi simple. Il faut admettre, par exemple, qu'une proposition subordonnée, un membre de phrase, un mot, ou au contraire un ensemble de phrases, un paragraphe tout entier du texte, constituent des clauses. Ainsi, on glisse imperceptiblement de cette acception purement matérielle et objective vers une définition plutôt subjective de la notion de clause.

Dans cette acception subjective, on considérera comme des clauses les éléments d'un acte juridique qui présentent une individualité non plus matérielle, mais intellectuelle. Peu importe la forme grammaticale, le style de l'écrit qui constitue le support matériel de l'acte, pourvu qu'il renferme, d'une façon ou d'une autre, les différents éléments qui en constituent les clauses.

Mais faisons un pas de plus : la notion de clause ainsi entendue est-elle encore distincte de celle d'effet de l'acte juridique ? Et n'est-il pas admis que la nullité, comme sanction, vise moins l'acte en tant que tel que ses effets, voulus par les parties (2) ? De fait, de nombreuses prohibitions ont pour objet non pas tel acte, mais tels effets d'un acte, ou même seulement tel effet en ce qu'il a d'excessif et non en son principe. Peut-on encore, dans ces circonstances, parler de clauses, même dans un sens très large ? Plutôt que de recourir, pour définir la notion de nullité partielle, à une notion de clause aussi subtile, c'est dans une approche différente, au moyen d'un terme moins précis et moins formaliste, mais plus souple : celui d'« élé-

8. - (1) Cette notion purement formaliste de clause, reposant sur la divisibilité matérielle du contrat, constitue, semble-t-il, le seul critère de l'étendue de la nullité en droit anglais, qui applique une règle appelée de façon significative la « règle du crayon bleu ». Il y a nullité partielle lorsqu'on peut rayer avec un « crayon bleu » la clause ou partie viciée, sans modifier en quoi que ce soit le reste de l'acte, qui subsiste tel quel. Cf. à ce sujet : MALAURIE, L'ordre public et le contrat, nos 389 ss., pp. 248 ss.

(2) Cf. JAPIOT, *op. cit.*, dont l'ouvrage tout entier est axé sur cette idée. Comp. TANDOGAN, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, thèse Lausanne, 1952, pp. 61 ss.

ments » d'un acte juridique, qu'il nous semble préférable de rechercher une solution.

9. — Peut-on dire, alors, qu'il y a nullité partielle lorsque le vice n'entache qu'un élément de l'acte et non l'acte tout entier ? Certes non ! Car lorsqu'un acte est frappé de nullité, le vice n'atteint toujours et nécessairement qu'un élément de cet acte. Ce sera tantôt le prix qui sera lésionnaire ou illicite, tantôt l'objet qui aura un caractère immoral ou sera hors du commerce juridique ; parfois le consentement ou la cause fera défaut ou sera vicié ; enfin, telle stipulation particulière, telle condition ou charge pourra se trouver prohibée par la loi ou réprouvée par la morale... Toute nullité, aussi bien totale que partielle, se caractérise donc par le fait qu'un élément de l'acte est atteint par un vice.

Une solution peut cependant être trouvée à partir d'une classification des divers éléments dont un acte juridique se compose ou peut se composer, à savoir : les éléments essentiels et les éléments accessoires et complémentaires (1). Il ne faudrait pas croire, pourtant, que cette distinction constitue, en tant que telle, un critère suffisant. La nullité ne sera pas respectivement totale ou partielle selon que le vice atteindra un élément essentiel ou un élément accessoire de l'acte. Cette classification ne peut, en réalité, servir que de point de départ. Procédons par étapes et envisageons les diverses possibilités.

Lorsqu'un élément essentiel de l'acte se trouve vicié, toute possibilité de nullité partielle n'en est pas pour autant exclue, car le vice peut atteindre cet élément soit dans son existence même, soit seulement dans son *quantum*. Dans le premier cas, si l'objet de l'acte est immoral ou le consentement absent ou vicié, si le prix fait défaut, si la cause est illicite, etc..., la nullité intégrale de l'acte ne fait, en principe, pas de doute (2). Il n'en est plus ainsi lorsque le même élé-

9. - (1) La doctrine germanique distingue trois sortes d'éléments : les « *essentialia negotii* », les « *naturalia negotii* » et les « *accidentalia negotii* ». Les premiers, ce sont les éléments indispensables à l'existence de l'acte. Les seconds, ce sont les clauses réglant les conséquences juridiques de l'acte conformément au droit positif en vigueur. Il s'agit donc de simples répétitions dans le contrat des règles législatives, supplétives ou impératives. Ces éléments ne présentent aucun intérêt à notre point de vue, puisque par hypothèse ils sont conformes à la loi. Les « *accidentalia negotii* », enfin, désignent les modifications, compléments ou limitations apportés aux effets normaux de l'acte juridique selon le droit positif. Ces dispositions ne sont pas nécessaires à l'existence et à l'efficacité de l'acte juridique voulu. Sur cette distinction, cf. notammant TANDOGAN, *op. cit.*, p. 59. Dans cette classification, la première et la troisième catégories correspondent très exactement à celles d'éléments essentiels et d'éléments accessoires ou complémentaires du droit français.

(2) Nous verrons, pourtant, que l'objet peut n'être nul qu'en partie, qu'une clause de l'acte seulement peut manquer de cause ou être atteinte par un vice du consentement, etc., cf. *infra*, n°s 21 ss.

ment n'est atteint que dans son *quantum :* le donateur ou testateur a disposé au-delà de sa capacité ou au-delà du maximum légalement disponible, la durée de la convention ou son prix excèdent la limite légale. Dans toutes ces hypothèses, le simple bon sens ne veut-il pas que la sanction soit proportionnée à l'illicite, que l'acte ne soit annulé que dans la mesure de l'excès, c'est-à-dire que l'obligation excessive soit seulement RÉDUITE et non annulée entièrement ? Ainsi apparaît une catégorie nouvelle de nullités partielles, caractérisées par une technique différente : il ne s'agit plus d'amputer un acte de l'une de ses dispositions, mais de réduire le *quantum* d'un élément, qui sera souvent un élément essentiel de cet acte. L'acte lui-même pourra être maintenu, puisque l'élément vicié subsiste : ce n'est pas son existence qui est mise en cause, mais seulement son étendue.

Lorsque, au contraire, le vice atteint un élément accessoire de l'acte, l'admission de la nullité partielle ne pose pas de problème dans son principe, puisque, par hypothèse, l'acte envisagé aurait pu exister en l'absence de la clause ou disposition nulle. Techniquement, un contrat de vente, par exemple, peut exister, et donc aussi subsister, sans clause d'échelle mobile ou sans clause compromissoire. Il en est de même d'un contrat de travail amputé de la clause de non-concurrence, ou d'une libéralité détachée de la charge qui y était adjointe.

10. — Au point de vue empirique que nous avons adopté jusqu'à présent pour préciser peu à peu le sens de la notion de nullité partielle, on peut en donner la définition suivante : LA NULLITÉ PARTIELLE EST LA SANCTION QUI FRAPPE UN ACTE VICIÉ SEULEMENT DANS UN DE SES ÉLÉMENTS ACCESSOIRES OU DANS LE QUANTUM D'UN ÉLÉMENT ESSENTIEL, ET QUI SE RÉALISE PAR LA SUPPRESSION DANS L'ACTE DE L'ÉLÉMENT ACCESSOIRE VICIÉ OU PAR LA RÉDUCTION DU QUANTUM EXCESSIF A LA MESURE DE CE QUI EST PERMIS.

Mais cette définition provisoire, que nous avons qualifiée de « technique » puisqu'elle englobe tous les cas dans lesquels la nullité partielle est techniquement possible, est insuffisante. Ce serait une définition de chirurgien, non de juriste. Il faut la compléter par un élément d'ordre subjectif.

§ 2. — Atténuation du caractère arbitraire de la définition technique par le recours au principe d'autonomie de la volonté.

11. — La définition précédemment élaborée constitue un point de départ certes indispensable, mais un point de départ seulement. En effet, bien que sérieusement entamé par le législateur, il subsiste

cependant en droit positif français un principe général qui domine la théorie des actes juridiques : celui de l'autonomie de la volonté. Il n'a plus la valeur d'un dogme absolu. Mais, si parfois le législateur fait jouer au juge un rôle de chirurgien en lui enjoignant d'annuler telle clause ou de réduire telle obligation pour des raisons d'ordre public (1), il reste cependant qu'en général il est tenu de prendre en considération la volonté des parties. L'acte juridique dont un élément est vicié n'existe que par cette volonté. Il n'appartient donc pas aux tribunaux de modifier le rapport contractuel ou la volonté unilatérale des auteurs de l'acte en amputant celui-ci de certaines parties ou en réduisant certaines prestations. Ou, plus exactement, ils ne pourront le faire que s'ils sont intimement convaincus, par des preuves ou par des indices, que les parties auraient cependant conclu l'acte en question ainsi modifié. Cette attitude des juges constitue le meilleur moyen d'assurer le respect fidèle du principe d'autonomie.

Bien qu'aucun texte ne lui enjoigne une telle démarche, — les articles 900 et 1172, appliqués littéralement, étant plutôt en sens contraire — la jurisprudence française a très bien compris l'importance et l'incidence du principe d'autonomie dans notre matière. Elle a même réussi le tour de force de le mettre en pratique contre la lettre des textes, au moyen notamment des notions de cause et de condition impulsive et déterminante. Cependant, si cet effort de la jurisprudence est des plus méritoires, le résultat final, les solutions concrètes ont souffert de ces tiraillements entre les textes et les principes non écrits.

L'un des objectifs de cette étude est précisément de mettre en relief cet effort de la jurisprudence, d'une part en analysant les solutions qu'elle a dégagées dans les principales hypothèses avec lesquelles elle s'est trouvée confrontée, d'autre part en examinant les moyens, les instruments dont elle s'est servie, dont elle aurait pu se servir ou que le législateur aurait dû mettre à sa disposition pour résoudre ce problème de l'étendue de la nullité des actes juridiques.

Il nous faut, à présent, introduire le correctif résultant du principe d'autonomie dans notre définition. On peut l'exprimer ainsi : LA NULLITÉ PARTIELLE EST LA SANCTION QUI SE RÉALISE PAR LA SUPPRESSION DANS L'ACTE D'UN ÉLÉMENT VICIÉ OU PAR LA RÉDUCTION D'UN QUANTUM EXCESSIF ET QUI, LORSQUE CELA EST CONFORME A L'INTENTION DES PARTIES, LAISSE SUBSISTER L'ACTE LUI-MÊME. Pourtant, même cette seconde définition n'est que provisoire. Elle constitue un principe. En particulier en ce qui concerne le respect de l'intention des parties, d'importantes exceptions devront être admises. Mais ce n'est qu'au terme de

11. - (1) Cf. *infra*, nullité partielle et ordre public, n^{os} 325 ss.

ce travail que nous pourrons, dans une synthèse finale, tenter une approche définitive et globale du concept de nullité partielle.

Ayant ainsi esquissé la notion de nullité partielle par son contenu, il nous faut encore délimiter son champ d'application en la différenciant de quelques notions voisines qui présentent des analogies plus ou moins profondes avec elle.

§ 3. — Notions voisines de celle de nullité partielle.

12. — Certaines notions ou situations juridiques qui ne correspondent pas à notre définition ont cependant été considérées par des auteurs comme étant des cas de nullité partielle. Si l'on admet qu'il y a nullité partielle chaque fois qu'un acte juridique n'est ni totalement efficace, ni totalement inefficace, la qualification de nullité partielle adoptée, expressément ou implicitement, par ces auteurs n'est peut-être pas inexacte. Mais il s'agirait là d'une notion de nullité partielle extrêmement large et, de ce fait, très imprécise. Quoiqu'il en soit, nous tenons à écarter ces cas de notre propos. En effet, les problèmes qu'ils soulèvent sont sensiblement différents de ceux que nous avons examinés jusqu'à présent. Ce ne sont pas des cas de nullité partielle au sens précis que nous donnons à cette expression. C'est là ce que nous allons démontrer rapidement à propos des trois cas voisins que nous avons relevés, à savoir les notions de conversion et d'inopposabilité et la question des effets produits par les actes nuls.

1) La notion de conversion.

13. — La notion de conversion (1) peut être caractérisée par le fait qu'elle est à la théorie des nullités sur le plan QUALITATIF ce que la notion de nullité partielle est sur le plan QUANTITATIF. A son sujet, on peut faire la même observation que pour la notion de nullité partielle : le droit positif français connaît des exemples de conversion, rares il est vrai, mais il ne connaît pas l'institution de la conversion (2). L'hypothèse la plus connue en droit français concerne les effets de commerce. Lorsque, dans un tel effet, une énonciation essentielle fait défaut, de sorte que cet écrit est nul en tant qu'effet de commerce, il pourra cependant valoir comme simple reconnaissance de dette, s'il remplit au moins les conditions requises pour la validité de ce dernier titre de créance. On peut donc définir la conversion

13. - (1) Cf. à ce sujet : Piedelièvre, Des effets produits par les actes nuls, thèse Paris, 1911, pp. 116 à 137.

(2) Il en est différemment d'un certain nombre de législations étrangères, telles que celles de l'Allemagne, de l'Italie et de la Suisse. Cf. Tandogan, *op. cit.*, pp. 111 ss.

comme le phénomène juridique grâce auquel un acte nul, remplissant cependant les conditions requises par la loi pour un AUTRE acte, ayant un résultat semblable et conforme au but envisagé par les parties, sera valable dans cette mesure (3).

La conversion pose donc essentiellement un problème de qualification, qui est totalement absent en matière de nullité partielle *stricto sensu*. Certes, dans les deux cas, un acte atteint d'un vice n'est pas purement et simplement anéanti, mais subsiste dans une certaine mesure. Mais là s'arrête l'analogie. La différence essentielle qui sépare les deux notions réside dans le fait qu'en cas de nullité partielle c'est l'acte initial qui subsiste en tant que tel, simplement amputé d'un élément, alors qu'en cas de conversion l'acte initial voulu par les parties est entièrement nul (4). Un de ses éléments essentiels fait défaut ou est vicié, et c'est un autre acte qui le remplace, édifié, en quelque sorte, avec les débris du premier.

Comme en toute matière, il se présentera des cas-limites, pour lesquels la qualification de nullité partielle ou de conversion prêtera à discussion (5). Mais le critère du changement quantitatif ou, au contraire, qualitatif de l'acte permettra en principe de résoudre le problème.

2) La notion d'inopposabilité.

14. — L'inopposabilité est définie par M. Bastian (1) comme :

> « l'inefficacité au regard des tiers d'un droit né par suite de la passation ou par suite de la nullité d'un acte juridique ».

Elle se distingue à la fois de la nullité partielle en ce qu'entre les parties l'acte est parfaitement et intégralement valable, et de la conversion en ce qu'il subsiste tel que les parties l'ont voulu, avec la qualification originaire. En quoi l'inopposabilité ressemble-t-elle alors à la nullité partielle ? L'analogie vient de ce que l'acte, valable entre les parties, peut être tenu pour nul par les tiers (2).

13. - (3) Cf. Tandogan, *op. cit., loc. cit.*
(4) Cf. Japiot, *op. cit.*, p. 672, note 1 ; Piedelièvre, *op. cit.*, pp. 119-120 ; Tandogan, *op. cit.*, p. 112.
(5) Cf. Tandogan, *op. cit.*, pp. 113-115.

14. - (1) Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, thèse Paris, 1929, p. 3.
(2) Par opposition à la conversion, nullité qualitative, et à la nullité partielle proprement dite, nullité quantitative, on serait tenté de qualifier l'inopposabilité de « nullité distributive » par rapport aux personnes, l'acte étant nul pour les uns, valable pour les autres. Si cette expression est séduisante, il est pourtant impossible d'en faire une définition de l'inopposabilité, car elle n'est pas spécifique à cette notion. Elle correspond, en effet, également, au cas dans lequel un contrat, conclu entre un nombre de personnes supérieur à deux, est nul vis-à-vis des unes et valable entre les autres : cf. *infra*, n°° 124 ss. Dans ce cas il y a véritablement nullité partielle. Ici, non.

Plusieurs auteurs se sont penchés sur ce problème des rapports entre nullité et inopposabilité, notions qui ont souvent été confondues, même par le législateur (3). Japiot, en particulier, analysant la nullité comme un droit de critique dirigé contre les effets de l'acte, a été tout naturellement amené à faire le rapprochement :

> « L'inopposabilité, dit-il (4), quand on va au fond des choses, apparaît... comme une simple variété de nullité. » La différence... « affecte simplement l'étendue de l'inefficacité, plutôt que sa nature ».

Cet auteur assimile donc délibérément nullité et inopposabilité, puisqu'il leur reconnaît une même nature juridique. M. Bastian, au contraire, insiste plus nettement sur les différences entre les deux institutions (5).

Le rapprochement est particulièrement tentant entre l'inopposabilité et la nullité relative. Dans les deux cas le « droit de critique », comme dit Japiot, n'est accordé qu'à certaines personnes : à l'une des parties en cas de nullité relative, aux tiers en cas d'inopposabilité. Une différence importante sépare cependant les deux situations, et cet auteur ne manque d'ailleurs pas de la relever (6) : c'est qu'en cas de nullité relative, lorsque le titulaire de l'action a exercé son droit, l'acte est nul vis-à-vis de tous et rétroactivement. Au contraire, s'il s'agit d'inopposabilité, les tiers protégés peuvent tenir l'acte pour nul et non avenu à leur égard si tel est leur intérêt, mais là s'arrête leur empire sur cet acte : entre les parties et vis-à-vis des tiers qui ne sont pas protégés ou qui n'ont pas invoqué l'inopposabilité, il reste parfaitement valable (7).

M. Bastian voit cependant une hypothèse dans laquelle « l'inopposabilité se transformera... en une nullité » (8). C'est le cas dans lequel l'effet *erga omnes* était essentiel pour les parties, de sorte que « ... si le contractant avait su qu'il en serait privé, il aurait refusé de s'engager... ». Nous verrions plutôt dans cette hypothèse un cas de résolution : l'exécution de l'un des éléments essentiels du contrat étant impossible en fait, l'autre partie demandera la résolution de ce contrat. Nous ne voyons pas sur quoi il se fonderait pour en demander la nullité.

14. - (3) Cf. sur ce point BASTIAN, *op. cit.*, p. 2.
(4) *Op. cit.*, p. 33.
(5) Cf. en particulier pp. 282 ss. et 351 ss.
(6) *Op. cit.*, pp. 31-32 et 510-516.
(7) Un dernier argument, peut-être péremptoire, qui établit à l'évidence la différence de nature entre nullité partielle et inopposabilité, peut être trouvé dans le fait que c'est parfois la nullité elle-même qui est inopposable. Cf. BASTIAN, *op. cit.*, pp. 281-296. Si l'inopposabilité était un cas de nullité partielle il faudrait pouvoir dire alors, ce qui serait absurde, que la nullité est partiellement nulle.
(8) *Op. cit.*, p. 340.

Si la comparaison entre nullité partielle et inopposabilité présente un intérêt incontestable, il ne peut cependant être question d'assimilation. Des différences fondamentales séparent les deux notions. Si l'on admet qu'il y a nullité d'un acte ou de partie d'un acte juridique lorsqu'une condition de validité fait défaut, on peut dire que l'inopposabilité n'est pas une nullité puisque, par hypothèse, les conditions qui font défaut en cas d'inopposabilité ne sont pas des conditions de validité. L'inopposabilité concerne plus l'exécution que la formation de l'acte juridique. Tout au plus pourrait-on rassembler, mais sans les confondre, nullité et inopposabilité sous le même vocable d' INEFFICACITÉ. Si Japiot a assimilé nullité et inopposabilité, c'est précisément parce qu'il ne considérait la nullité que comme une sanction dirigée contre les effets de l'acte, donc comme une inefficacité. Certes, ce n'est pas inexact. Mais il y a plusieurs sortes d'inefficacités. Quoiqu'il en soit, les difficultés soulevées respectivement par la notion de nullité partielle et par celle d'inopposabilité sont fondamentalement différentes. Pour nous, l'inopposabilité n'est pas une nullité partielle.

3) La notion d'effets produits par des actes nuls.

15. — Le problème des actes nuls produisant cependant certains effets (1) est peut-être celui dont la différenciation par rapport à la notion de nullité partielle est la plus délicate. Un acte nul qui produit cependant certains effets — un mariage putatif, par exemple, ou une société de fait — n'est-il pas, par définition même, un acte dont la nullité n'est pas totale ?

Japiot n'a pas examiné ce problème précis dans sa thèse (2). Mais, analysant l'action en nullité comme l'exercice d'un droit de critique contre les EFFETS de l'acte, il n'aurait pu qu'aboutir à la conclusion que la nullité n'est pas totale tant que tous les effets de l'acte n'ont pas été « critiqués » et supprimés. La maxime « *Quod nullum est, nullum producit effectum* », prise à la lettre, n'exprime pas autre chose : *a contrario* il faudrait dire que ce qui produit des effets n'est pas nul, du moins pas entièrement.

C'est la conclusion à laquelle arrive précisément Piedelièvre au terme de sa thèse (3). Prolongeant le raisonnement de Japiot dans le sens précité et contestant à la maxime « *Quod nullum est...* » la valeur d'une règle de droit (4), il insiste sur l'importance de l'IDÉE DE BUT DE LA RÈGLE DE DROIT, la sanction devant toujours être stricte-

15. - (1) Cf. PIEDELIÈVRE, *op. cit.*
(2) Sauf une rapide allusion dans son introduction, pp. 23 ss.
(3) *Op. cit.*, pp. 464-465.
(4) Elle n'est pour lui « que la constatation, sans valeur générale ni légale, de ce qui se passe habituellement » : *op. cit.*, p. 463.

ment proportionnée à ce but. Finalement, allant jusqu'à reconnaître que le titre de son ouvrage ne correspond pas à son contenu, il affirme que CE N'EST PAS L'ACTE NUL QUI PRODUIT DES EFFETS, MAIS CE QU'IL EN RESTE DE VALABLE. Cet auteur fait donc expressément de son problème un cas de nullité partielle (5).

16. — La rigueur du raisonnement rend la critique malaisée. Elle ne nous semble pourtant pas impossible. Prenons comme point de départ un exemple simple et bien connu : la révocation d'un testament par un second testament qui est nul. Deux hypothèses sont concevables. Ou bien le second testament contenait une clause révocatoire expresse du premier. La jurisprudence admet, à certaines conditions (1), que la clause révocatoire garde son effet. Ou bien le second testament ne contenait pas une telle clause. Dans certaines circonstances ce testament, incompatible avec les dispositions du premier, et bien qu'étant nul, vaudra cependant révocation tacite de celui-ci. Quelle différence y a-t-il entre ces deux situations ? Dans le premier cas, la CLAUSE RÉVOCATOIRE reste valable : il y a donc nullité partielle puisqu'une partie de l'acte subsiste, dans sa matérialité, en quelque sorte. Dans le deuxième cas, au contraire, le testament tout entier disparaît et seul son EFFET RÉVOCATOIRE subsiste : il s'agit, par conséquent, d'un effet d'un acte nul.

Cette différence purement formelle nous fournit-elle le critère de distinction entre nullités partielles et effets d'actes nuls ? Sur cette seule base, nous ne pourrions, sans exagération, affirmer que les deux hypothèses ne participent pas de la même nature juridique. Pourtant, une différence plus profonde sépare, par exemple, dans un tout autre domaine, le phénomène de la société de fait (validation des actes passés, liquidation selon les règles du contrat...) et celui du contrat de société dont une clause seulement est nulle (comme constituant un pacte sur succession future ou pour toute autre raison). Peut-être, alors, l'exemple de la révocation du testament n'est-il pas significatif ?

C'est en effet ce que nous croyons. Si incontestablement l'hypothèse de la clause révocatoire restant valable, alors que le testament est nul, constitue un cas de nullité partielle, il s'agit cependant d'un cas exceptionnel, marginal. Dans le cas normal de nullité partielle, tel qu'il ressort du schéma précédemment dressé (2), la sanction frappe soit une clause accessoire de l'acte, soit un élément essentiel, mais qui, réduit dans son *quantum*, subsiste toujours dans son principe. On peut donc affirmer qu'en général la nullité partielle laisse subsister les effets principaux de l'acte. Mais à toute règle il y a des excep-

15. - (5) *Op. cit.*, p. 465.
16. - (1) La question fera l'objet d'un examen plus complet, *infra*, n°° 59-60.
(2) Cf. *supra*, n° 9.

tions. Ainsi, parfois, c'est au contraire l'élément essentiel de l'acte qui est nul et une clause accessoire qui reste valable. Tel est le cas de la clause révocatoire d'un testament nul. D'autres hypothèses de ce genre existent, tel le problème controversé de la validité de la clause compromissoire dans un contrat nul (3). Mais ce ne sont toujours là que des cas exceptionnels.

Et, de même, l'effet révocatoire d'un testament nul constitue, parmi les cas d'effets d'actes nuls envisagés par Piedelièvre, une hypothèse très particulière et extrêmement rare. Nous verrons (4), en effet, que c'est l'une des seules dans lesquelles il s'agit réellement de l'effet de l'acte nul lui-même, sans intervention de facteurs extérieurs.

17. — Il apparaît indispensable d'examiner sommairement ce qu'on entend par cette notion d'effets produits par des actes nuls. Quels sont ces effets qui continuent à se produire alors que l'acte est nul et, surtout, en vertu de quoi ces actes continuent-ils à produire ces effets ? Procédons par étapes.

S'il est incontestable que ces effets sont parfois très importants, y a-t-il des cas où ce sont les effets principaux et essentiels de l'acte, ou même l'acte tout entier, qui sont maintenus ? A cette question, Piedelièvre répond affirmativement (1). Il examine de nombreuses hypothèses (2) dans lesquelles l'acte, bien qu'atteint d'un vice fondamental, est effectivement traité comme un acte valable. Pourtant, cet acte n'en reste pas moins intrinsèquement nul. S'il produit tout ou partie de ses effets, ce n'est pas par sa vertu propre, mais par l'intervention d'une règle de droit extérieure à lui et qui, pour des raisons particulières, exige qu'il soit maintenu. Le fondement de ce maintien de l'acte est variable selon les cas. Tantôt il s'agit d'inopposabilité de la nullité de l'acte. Tantôt c'est la loi qui, pour des raisons de sécurité du commerce juridique, fait produire à une situation de fait résultant d'un acte nul les mêmes effets que ceux qu'aurait produits la situation de droit correspondante. Peut-on encore, dans ces cas, parler d'effets de ces actes, alors que ces effets ne se réalisent que parce que, par exception aux principes, la loi est intervenue en ce sens ? Tantôt,

16. - (3) Cf. *infra*, n°° 86-87.
(4) Cf. *infra*, n° 19.

17. - (1) *Op. cit.*, I^re^ Partie, Titre III : « Des actes juridiques nuls produisant tous leurs effets », pp. 233 ss.
(2) En voici les principales : aliénation d'un immeuble déjà aliéné, la seconde aliénation étant publiée avant la première ; constitution d'hypothèque dans les mêmes circonstances ; prescription acquisitive opérant consolidation d'un titre nul ; inopposabilité au sous-acquéreur de la nullité, demandée par le premier acquéreur, de sa propre acquisition, en vertu des règles de la garantie ; inopposabilité aux tiers de la nullité de la société par les associés ; paiement nul fait de bonne foi ; actes du propriétaire ou de l'héritier apparent...

enfin, c'est la jurisprudence qui, pour des raisons semblables, mêlées de considérations d'équité, donne la préférence à la situation apparente, plutôt que de remettre en cause des actes, certes nuls, mais accomplis en toute bonne foi. Là encore, l'acte lui-même, en tant qu'expression de la volonté des parties, serait inopérant si un principe supérieur, quoique d'origine prétorienne, ne venait, en quelque sorte, lui redonner vigueur. Dans tous ces cas, c'est donc pour des raisons très particulières, extérieures à l'acte lui-même, que celui-ci produit exceptionnellement ses effets.

Mais, le plus souvent, les effets que laissent subsister certains actes nuls sont, soit des effets secondaires, soit une partie seulement des effets. Une nouvelle distinction s'impose. Souvent ce sont les effets déjà réalisés de l'acte nul qui sont maintenus. Tel est le cas de la société de fait, des actes de l'héritier ou du propriétaire apparent. Cette fois encore, ce maintien ne peut pas être mis au crédit de la volonté des parties. Il repose sur des considérations de sécurité du commerce juridique : le remède étant, dans ces cas, pire que le mal, ces états de fait illicites, dont le droit ne peut pas faire abstraction, sont respectés en ce qui concerne le passé. Beaucoup plus rarement, des actes nuls continuent à produire certains effets après la découverte du vice. Mais, une fois de plus, il s'agit généralement d'effets attachés à ces actes non par la volonté des parties, mais par la loi ou par la jurisprudence. D'ailleurs, le plus souvent, les effets en question n'étaient pas prévus par les parties et ne pouvaient en aucun cas être laissés à leur discrétion (3).

Parfois, cependant, c'est réellement l'acte annulé ou, plus précisément, la volonté exprimée dans cet acte, qui continue à avoir certains effets accessoires, sans qu'aucun facteur extérieur n'intervienne. Tel est le cas de l'effet révocatoire du testament nul. Ce n'est pas la loi qui, en cette hypothèse, a posé la règle qu'un testament nul vaudra révocation d'un éventuel testament antérieur. Le deuxième testament, bien que nul, vaudra ou non révocation du premier selon que les juges estimeront que cet effet secondaire est ou non conforme à la VOLONTÉ du testateur. Le rôle du juge est ici fondamentalement différent : il ne décide pas en vertu de règles objectives ; il se contente d'interroger la volonté du testateur. Il en est de même lorsque la volonté de révo-

17. - (3) L'obligation de respecter le délai de viduité en cas de nullité de mariage, la subsistance d'empêchements à mariage résultant du rapport d'alliance créé par le mariage nul, le cas de l'acte authentique nul valant dans certaines circonstances comme écriture sous seing privé (art. 1318., Code civil), constituent des exemples caractéristiques de cette seconde catégorie d'effets accessoires produits par des actes nuls. On peut y ranger également les effets futurs du mariage putatif, qui ne subsistent qu'en vertu de la volonté du législateur. Pour l'examen de ces hypothèses et pour d'autres exemples, cf. PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, pp. 26-105.

quer résulte non plus d'un testament postérieur, mais de l'aliénation de la chose léguée (4) (5).

18. — En définitive, deux catégories d'effets d'actes nuls nous paraissent devoir être soigneusement distinguées.

Il y a, d'une part, les effets attachés par la loi ou la jurisprudence à des actes qui, d'après le droit commun, seraient intégralement viciés. Il est permis de se demander s'il ne serait pas plus exact de parler, dans ces cas, d'effets attachés par la loi ou par les tribunaux à DES SITUATIONS DE FAIT RÉSULTANT D'ACTES NULS. Les véritables effets produits par les actes juridiques sont ceux, et ceux seulement, qui ont été voulus ou sont présumés avoir été voulus par les parties. En dehors de cela, on peut tout au plus parler de « conséquences » d'un acte juridique ou d'effets de la règle de droit. Si ce qui subsiste correspond très souvent à ce que les parties avaient voulu, ce n'est cependant pas en vertu de cette volonté, par hypothèse inefficace puisque l'acte est nul, mais en vertu de la règle de droit que les effets en question se produisent. La seule particularité, c'est qu'ici, au lieu de créer des effets indépendants de ce que les parties ont voulu, la loi maintient, ressuscite, pourrait-on dire, les effets voulus à l'origine par les parties et qui, normalement, auraient dû disparaître.

Il y a, d'autre part, les effets secondaires d'un acte juridique, qui ont été voulus ou qui sont présumés avoir été voulus et QUI NE SONT PAS ATTEINTS PAR LE VICE QUI ENTACHE L'ACTE. Cette dernière particularité constitue la différence essentielle entre ces effets et les précédents. Il s'agit, cette fois, réellement d'effets produits par un acte nul. Aucune intervention extérieure n'est nécessaire pour que ces effets se produisent. Ils sont les accessoires logiques de l'acte principal, à tel point qu'il n'est pas indispensable de les mentionner expressément. Dans la mesure où l'acte principal seul est vicié et où ces effets accessoires sont susceptibles d'une réalisation autonome, la nullité laissera subsister ces effets secondaires.

19. — Sur ces bases, très insuffisamment dégagées par Piedelièvre (1), nous pouvons enfin réaliser la confrontation définitive entre

17. - (4) V° également : Paris, 23 décembre 1967, J.C.P., 1968, n° 15552 : effet extinctif d'un premier bail par un bail nouveau.

(5) Dans une certaine mesure, la théorie de la conversion relève de cette idée. Telle est l'opinion de Piedelièvre qui inclut la théorie de la conversion dans sa théorie des effets produits par les actes nuls : *op. cit.*, pp. 116 ss. La différence, c'est que, dans ce cas, ce n'est pas un effet secondaire qui subsiste, mais l'effet principal, sous la forme d'un acte distinct.

19. - (1) Il distingue bien les « conséquences secondaires fondées sur un élément d'ordre objectif » (pp. 24 ss.) de celles qui sont « fondées sur un élément d'ordre subjectif » (pp. 106 ss.), mais il n'en tire pas les conclusions fondamentales quant à la notion même d'effet produit par un acte nul.

les notions de nullité partielle et d'effets produits par un acte nul. Il n'y a incontestablement rien de commun entre la première catégorie d'effets, qui sont en réalité des effets d'une règle de droit, légale ou prétorienne, et la nullité partielle. La nullité de ces actes est intégrale. Mais pour diverses raisons, la loi n'en tire pas toutes les conséquences, soit pour le passé seulement, soit même pour l'avenir. Au contraire, la parenté est évidente entre la nullité partielle et la deuxième catégorie, qui est, à notre sens, la seule dans laquelle il s'agit réellement d'effets produits par des actes nuls. Mais si on exclut de cette seconde catégorie les cas de conversion (2), elle n'englobe plus qu'un nombre très restreint d'hypothèses, dont la plus importante concerne l'effet révocatoire d'un second testament nul (3). Du coup, si l'intérêt de la distinction subsiste, celle-ci revêt cependant une importance moins capitale.

Y a-t-il malgré tout une différence de nature entre cette catégorie d'effets produits par un acte nul et la nullité partielle telle que nous l'avons définie ? En cas de nullité partielle, l'acte atteint reste généralement valable dans ses dispositions principales. Ce sont des clauses accessoires qui disparaissent, à moins que ce soit seulement le *quantum* d'une obligation qui se trouve réduit. Au contraire, lorsqu'il s'agit de véritables effets d'actes nuls, des effets accessoires sont maintenus, alors que l'acte lui-même disparaît totalement. Il est cependant des cas exceptionnels de nullité partielle dans lesquels la partie principale de l'acte disparaît, une clause accessoire restant seule valable. Tel est le cas de la clause révocatoire expresse dans un testament nul. La différence entre nullité partielle et effet d'acte nul ne peut alors effectivement se faire que par le critère formel mentionné plus haut (4) : une clause, un fragment de l'acte juridique subsiste réellement dans le premier cas, alors que dans le second ce n'est qu'un effet de l'acte qui est maintenu, en l'absence de tout support matériel. Cette différence purement formelle ne saurait être significative d'une différence de nature. Nous considérons volontiers ces cas exceptionnels comme des hypothèses de nullité partielle. Mais cette assimilation n'est précisément possible que si l'effet qui subsiste n'est pas

19. - (2) Piedelièvre considère la conversion comme un cas d'effet d'un acte nul : *op. cit.*, pp. 116 ss., et *supra*, note 5 n° 17. Mais la conversion est plus qu'un effet attaché à un acte nul. C'est un autre acte qui prend vie. Ici c'est seulement un effet secondaire d'un acte, dont les effets principaux disparaissent réellement, qui est maintenu.

(3) V° cependant, pour l'effet extinctif d'un premier bail par un nouveau bail nul, Paris, 23 décembre 1967, J.C.P., 1968, n° 15552.

(4) Cf. *supra*, n° 16.

atteint par le vice qui entache l'acte et si ce maintien trouve sa seule source dans la volonté des auteurs de l'acte (5) (6).

Après avoir relevé l'existence de cas de nullité partielle en droit positif français, nous avons cru déceler que ces cas pouvaient répondre à une définition théorique et correspondre à une notion abstraite et autonome, notion que nous avons tenté de définir. Cependant, une constatation est frappante : cette notion est pratiquement étrangère à la théorie générale des nullités, en France du moins. Aussi convient-il de situer cette notion de nullité partielle par rapport à la théorie générale des nullités.

Section III

NULLITE PARTIELLE ET THEORIE GENERALE DES NULLITES

20. — La question qui se pose est la suivante : la notion de nullité partielle, confrontée à la notion de nullité communément admise par la doctrine française, se présente-t-elle comme un phénomène exceptionnel, comme un corps étranger, ou au contraire en constitue-t-elle, virtuellement, une partie intégrante ? Nous opérerons cette confrontation d'abord sur un plan concret : celui des différentes causes de nullité, ensuite sur le plan des concepts mêmes.

§ 1. — Nullité partielle et causes de nullité.

S'il s'avérait que les cas de nullité partielle se rapportent tous à telle ou telle cause de nullité, cela constituerait certainement, sinon une preuve, du moins un indice permettant de penser qu'ils occupent une place marginale par rapport aux nullités en général. Bien au contraire, de tels cas se rencontrent plus ou moins fréquemment à propos de TOUTES les causes de nullité. Quelques indications sommaires suffiront à le démontrer.

19. - (5) Ces hypothèses particulières d'effets produits par des actes nuls peuvent être considérées comme des applications du concept de nullité partielle au même titre que la situation inverse plus fréquente, dans laquelle un acte est intégralement maintenu, apparemment du moins, certains de ses effets seulement étant déclarés nuls. Cf. *infra*, n°s 243 ss.

(6) Il existe une autre notion voisine de celle de nullité et au sujet de laquelle les confusions sont fréquentes : la notion de « CADUCITÉ ». Mais elle ne présente guère de particularités intéressantes à notre point de vue. Cf. à son sujet : BUFFELAN-LANORE, Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, thèse Toulouse, 1961.

1) Incapacités.

21. — La découverte de cas de nullité partielle en matière d'incapacités ne présente aucune difficulté. Le Code civil lui-même en recèle plusieurs. En réalité, trois degrés d'incapacité nous semblent devoir être distingués.

Lorsque l'incapacité est totale, il ne saurait être question de nullité partielle. L'acte juridique accompli par un interdit, ou, dans la terminologie nouvelle, par un majeur en tutelle ne peut être que nul intégralement. Certes, il peut très bien arriver que, dans un acte qui est apparemment l'œuvre d'une personne tout à fait normale, se trouve une clause qui, par sa rédaction ou son contenu, révèle l'insanité d'esprit de son auteur. Dire, dans un tel cas, que seule la clause en question devrait disparaître, serait évidemment absurde. Quoique le vice n'apparaisse que dans cette seule clause, c'est l'acte tout entier qui en est entaché (1).

Parfois, l'incapacité concerne certains actes seulement. Il se pourra alors que, dans une convention donnée, telle disposition soit nulle pour cette raison-là. Si le cas est assez rare en pratique, il en existe cependant des exemples, en particulier en matière de contrat de mariage (2). Il suffit de supposer qu'un mineur, dûment habilité pour passer tel contrat de mariage, y consente également une donation au profit de son futur conjoint, donation pour laquelle il n'avait pas obtenu les consentements nécessaires. La donation sera annulée, mais le contrat de mariage subsistera (3).

Une dernière hypothèse est plus fréquente : c'est l'incapacité de contracter, de donner ou de recevoir au-delà d'une certaine mesure. Les personnes atteintes d'une telle incapacité pourront, selon les cas, s'engager ou recevoir valablement, à condition que ce soit dans une certaine limite, soit quant à la durée de l'engagement, soit quant à son objet, soit quant à son prix. La sanction ne frappera les actes en question que dans la mesure de l'incapacité. Ce sera une nullité partielle qui se réalisera par la technique de la réduction. Le Code civil en offre plusieurs exemples, relatifs aussi bien à des incapacités de recevoir (4) qu'à des incapacités de disposer (5).

21. - (1) Rappr. Civ., 30 octobre 1968, J.C.P., 1968-IV, p. 197.
(2) Cf. André Huet, J. Cl. civil, art. 1398 (ancien), n^{os} 107 ss.
(3) Cf. Civ., 30 novembre 1908, D.P., 1909.I.418.
(4) Art. 908 et 909 du Code civil.
(5) Art. 484, al. 2 ancien et 904 du même Code. La loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs introduit deux nouveaux textes dans le Code civil prévoyant la réduction des engagements excessifs : art. 491-2 et 510-3.

Toutes ces solutions sont parfaitement logiques et équitables : à une incapacité partielle ne peut et ne doit correspondre qu'une nullité partielle.

2) Vices du consentement.

22. — De prime abord, on pourrait douter qu'il existe des cas de nullité partielle pour vices du consentement. Si le consentement d'une partie est vicié, comment pourrait-il ne l'être que partiellement ? Et pourtant : lorsque l'une des parties, désireuse de voir inclure dans la convention telle stipulation particulière, a induit son cocontractant en erreur ou a eu recours à des manœuvres dolosives pour obtenir l'adoption de cette clause, pourquoi n'admettrait-on pas que la nullité soit limitée à celle-ci ? Si de telles situations sont relativement rares en pratique, en comparaison de l'ensemble des cas de nullité pour vices du consentement, on en rencontre cependant quelques exemples en jurisprudence.

L'erreur portant sur une clause particulière susceptible d'être annulée indépendamment du reste du contrat ne pose guère de problèmes (1). Il n'en est pas de même de l'erreur portant sur la valeur de l'objet de la convention. Certaines décisions de jurisprudence, extrêmement controversées, ont admis, dans une telle hypothèse, comme sanction de cette erreur, la réduction de la contre-prestation (2).

En matière de dol, la situation n'est guère différente. Le dol peut éventuellement être localisé, c'est-à-dire ne porter que sur telle clause (3). Mais, comme en matière d'erreur, il porte plus souvent sur le montant des prestations et non sur la conclusion même du contrat. Certains tribunaux, de même que quelques auteurs, n'ont pas hésité à affirmer que la sanction de ce dol, appelé « incident », était la réduction de la prestation de celui dont le consentement a été vicié (4).

Les mêmes observations peuvent être faites à propos de la violence. S'il n'est pas impossible que le vice de violence, morale surtout, n'atteigne parfois que certaines parties d'un acte (5), il arrivera

22. - (1) Cf. Malaurie, J. Cl. Civ., art. 1117, n°s 5-6 ; *v°* également Civ., 12 octobre 1955, Bull., 1955.I, p. 279, n° 338 : erreur matérielle, simplement rectifiée, dans un partage. Comp., pour un cautionnement partiellement nul pour erreur : Req., 30 juillet 1894, D.P., 1895.I.340, S. 1895.I.72.

(2) Sur ce problème, cf. *infra*, n° 240.

(3) Cf. Malaurie, J. Cl. Civ., *art.* 1116, n° 24 et 1117, n° 12 ; ainsi que Req., 17 juillet 1871, D.P., 1872.I.37 ; Req. 30 avril 1902, D.P., 1902.I.288 ; Req., 5 août 1901, D.P., 1903.I.86 ; Soc., 4 mai 1961, Bull., 1961-IV, p. 367, n° 456 ; Civ., 12 juin 1968, Bull., 1968-III, n° 273, p. 210.

(4) Sur ce problème, cf. *infra*, n° 241.

(5) Cf. Malaurie, J. Cl. Civ., art. 1111-1115, n° 29 et 1117, n° 9.

plus fréquemment qu'une prestation excessive soit obtenue par suite d'une contrainte morale (6).

3) Lésion.

23. — Certains auteurs admettent que la lésion a pour fondement une présomption de contrainte morale. Mais quel que soit ce fondement, qu'il nous suffise de constater pour le moment que, dans plusieurs cas, la sanction de la lésion n'est pas la rescision de la convention, mais la réduction de la prestation excessive (1).

4) Cause.

24. — La notion de cause joue un rôle important comme critère de l'étendue de la nullité (1). Mais c'est sous un autre aspect, à un degré inférieur pourrait-on dire, qu'elle reparaît ici. Il s'agit maintenant de savoir non pas si telle clause a été la cause de l'acte lui-même, mais si la clause en question, considérée isolément, a elle-même une cause et si cette cause n'est pas fausse, illicite ou immorale. Dans ce second rôle, la notion de cause est génératrice de cas éventuels de nullité partielle et non plus critère de distinction entre nullités totales et partielles. Les illustrations n'en manquent pas.

Une jurisprudence assez abondante annule parfois certaines clauses de contrats de prêt (clauses pénales, clauses stipulant une commission au prêteur) pour absence de cause, ces engagements ne correspondant à aucun service rendu. De ce fait, ces dispositions équivalent à des stipulations d'intérêts excessifs (2). C'est, de plus, l'absence partielle de cause, l'insuffisance de cause, que de nombreux auteurs et arrêts donnent comme fondement de divers cas de réduction de prestations : lésion, rémunération des mandataires, etc... (3).

Les exemples de nullité partielle pour fausseté de la cause sont d'autant plus rares que la jurisprudence ne distingue guère absence et fausseté de la cause (4). Nous avons cependant relevé un arrêt de la Chambre des requêtes qui a annulé partiellement une reconnaissance de dette parce que sa cause — un prêt — était partiellement fausse (5).

L'illicéité ou l'immoralité de la cause, en revanche, frappe de très nombreuses clauses. Nous n'en citerons ici qu'un exemple fameux :

22. - (6) Sur la réduction fondée sur la violence, cf. *infra*, n° 238.
23. - (1) Sur ce problème, cf. *infra*, n°s 225 ss.
24. - (1) Cf. *supra*, n° 5.
(2) Pour cette question, cf. *infra*, n° 121 et les références citées.
(3) Cf. *infra*, n°s 225 ss., et Riec, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, 1961, p. 306 et les références citées.
(4) Cf. Riec, *op. cit.*, p. 305.
(5) Req., 17 juillet 1906, D.P., 1910.I.286, S. 1907.I.457 : une partie de la somme promise correspondait à une donation déguisée nulle pour défaut de dessaisissement immédiat.

celui des clauses relatives à la liberté du mariage ou du remariage. Ces clauses sont nulles si le but poursuivi par le stipulant est immoral ou illicite.

5) Objet.

25. — S'agissant de l'objet, il faut immédiatement distinguer deux sens de ce terme. On entend par « objet de l'obligation » la chose que concerne l'obligation, le fait à accomplir ou le droit à transmettre. Cette chose ou ce fait peut être immoral ou illicite. Mais il ne semble pas qu'ils puissent ne l'être que partiellement, à moins qu'ils ne soient multiples ou quantitativement divisibles. Quant au droit, il ne peut évidemment être ni immoral, ni illicite.

L'objet du contrat, c'est l'opération juridique envisagée. Dans cette acception, les cas de nullité partielle fondés sur l'objet sont extrêmement nombreux. D'une part, une opération juridique donnée peut n'être que partiellement possible ou licite. Ainsi, l'aliénation par un copropriétaire d'un bien indivis ne sera que partiellement valable, l'opération étant illicite dans la mesure où elle concerne la chose d'autrui (1). De même, une libéralité sera réduite lorsqu'elle aura excédé la quotité disponible (2). D'autre part, une convention peut viser à la réalisation d'objets différents, d'opérations multiples dont certaines seulement sont impossibles, illicites ou immorales. Le contrat ne sera en principe nul que dans cette mesure. C'est dans le contrat de société, notamment, que cette hypothèse est susceptible de se réaliser (3). Mais le cas qui se présentera le plus fréquemment concerne l'illicéité ou l'immoralité de l'objet de telle stipulation particulière et accessoire du contrat. Il est admis, par exemple, que l'état des personnes et les libertés individuelles essentielles sont indisponibles. Les clauses y relatives seront donc nulles parce que leur objet, l'opération envisagée, sera nul. Il en est ainsi, également, dans les innombrables cas où la loi ou les grands principes du droit prohibent, explicitement ou tacitement, certaines stipulations. L'objet illicite, entendu dans ce sens-là, fournit une grande partie des cas de nullité partielle. Et ces cas se multiplient avec l'extension continuelle du dirigisme en matière contractuelle. En effet, la plupart des textes récents en cette matière ont essentiellement pour but, soit de prohiber expressément certaines opérations ou pratiques, soit de poser des règles impératives auxquelles les parties ne peuvent pas déroger.

25. - (1) Cf. *infra*, n° 111.
(2) Cf. *infra*, n° 180 ss.
(3) Cf. *infra*, n° 115 ss.

6) Vices de forme.

26. — Si le formalisme, dans la mesure où il a cours, concerne le plus souvent l'acte tout entier, il est pourtant aisément concevable que certaines stipulations particulières seulement soient soumises à des formes définies. C'est surtout dans les contrats d'adhésion qu'un tel système trouve sa raison d'être. Le droit positif français nous en fournit un exemple au moins, en matière de contrat d'assurance. Certaines clauses doivent, en effet, y être mentionnées en « caractères très apparents », sous peine de nullité (1). Il se pourra également que, dans un acte donné, les prescriptions de forme n'aient pas été observées pour une partie de l'acte. La jurisprudence et la législation en contiennent divers exemples : legs ou modifications rajoutés sans date ni signature au bas d'un testament (2), testament partiellement écrit à la machine (3), donation d'effets mobiliers dont l'état estimatif est incomplet (4).

Ainsi donc, chacune des différentes causes de nullité fait apparaître des hypothèses de nullité partielle. Même si certains cas sont discutables, soit dans leur principe, soit dans le fondement qui leur est attribué, la constatation fondamentale, selon laquelle le problème de la nullité partielle se trouve posé à tout moment et à travers tout le domaine d'application de la théorie des nullités, demeure cependant valable. Si dans la pratique les cas où la nullité n'est que partielle n'occupent pas une place à part, par rapport aux nullités en général, n'est-ce pas déjà un indice permettant de penser que la notion de nullité partielle fait elle-même partie intégrante de la théorie générale des nullités ?

§ 2. — La place de la notion de nullité partielle dans la théorie générale des nullités.

27. — Ce n'est pas à une confrontation systématique que nous voulons procéder ici. Quelques observations suffiront à démontrer que la notion de nullité partielle n'est qu'un aspect de la théorie générale des nullités (1), dans son acception la plus moderne du moins.

26. - (1) Loi du 13 juillet 1930 : articles 5, al. 3 et 9 *in fine*.
(2) Req., 29 décembre 1908, S. 1912.I.322 ; T.G.I. Seine, 29 mai 1965, D. 1966, Somm., p. 22, G.P., 1965.II.426. Rappr., en matière de contrat d'assurance, Civ., 18 janvier 1965, J.C.P., 1965, n° 14114.
(3) Aix, 24 février 1932, D.P., 1932.II.47, note Lalou.
(4) Art. 948 du Code civil.

27. - (1) Est-il besoin de mettre en garde contre une confusion grossière entre les catégories de nullité partielle — nullité totale et celles de nullité relative — nullité absolue ? C'est plus particulièrement entre nullité absolue et nullité totale que la confusion serait à craindre. Cf. Jaubert,

Si le problème des nullités a fait l'objet de tant de controverses depuis l'élaboration du Code civil, c'est peut-être parce que celui-ci n'en contient aucune théorie générale. On n'y trouve que des applications particulières, éparpillées tout au long de ses 2281 articles. Certes, une section entière du Code est consacrée à « l'action en nullité ou en rescision des conventions » (2). Mais, d'une part, la place des textes en question dans le Titre II du Livre Troisième indique qu'ils ne s'appliquent qu'aux contrats et obligations conventionnelles, dont traite ce Titre, et non aux libéralités que concerne le Titre précédent. D'autre part, sur les onze articles que cette section comporte, dix traitent de la rescision pour lésion, et plus particulièrement de la lésion chez les mineurs, dont le régime est très spécial. Enfin, l'article 1304, le seul qui concerne exclusivement la nullité, n'est relatif qu'au problème de la prescription.

Ce n'est donc pas du Code civil que peut venir la lumière, mais éventuellement de la doctrine postérieure. Dans la masse considérable des travaux sur le sujet, quatre phases semblent pouvoir être distinguées.

Pendant la première moitié du XIX^e^ siècle, approvimativement, la doctrine s'est contentée de faire l'exégèse des textes, de commenter, le plus souvent article par article, les dispositions du Code, dont la perfection a quasiment été érigée en dogme. Il s'agissait donc de pure casuistique. Un titre parmi d'autres : celui de l'ouvrage de Biret : « Traité des nullités en tous genres » (3) est révélateur de la méthode employée.

La seconde moitié du XIX^e^ siècle correspond à une période de systématisation à outrance. C'est la période de ce qui est communément appelé la THÉORIE CLASSIQUE DES NULLITÉS, dont la démarche est exactement l'inverse de la précédente. La théorie des nullités — car il s'agit maintenant d'une véritable théorie — prend, cette fois, l'aspect d'un jardin à la française. Les catégories sont tranchées avec netteté, sans bavures. Elles sont tantôt au nombre de deux : nullité et inexistence, tantôt au nombre de trois : nullité relative, nullité absolue et inexistence. C'est essentiellement à cette standardisation que sont consacrés les ouvrages de l'époque. Cette théorie est aussi

J. Cl. Civil, art. 943 ss., n° 21, qui présente le caractère partiel de la nullité comme une « atténuation » à son caractère absolu. Les développements précédents sur les différentes causes de nullité prouvent suffisamment qu'il n'y a aucune relation entre les deux classifications et, notamment, qu'il peut très bien y avoir des nullités absolues partielles.

27. - (2) Articles 1304 à 1314.

(3) Paris, 1821.

appelée : THÉORIE ORGANIQUE DES NULLITÉS (4). La nullité y est, en effet, considérée comme un état de l'acte : celui-ci peut être soit malade et guérissable (nullité relative — possibilité d'une confirmation) soit incurable (nullité absolue), soit mort-né ou non viable (inexistence) ! Dans un tel système, point de place pour une notion de nullité partielle, qui viendrait troubler l'harmonie de cette construction. Celle-ci est aussi séduisante que fictive et artificielle.

Elle ne tarda pas à être remise en cause. Dès le début du XX^e^ siècle, de nombreux auteurs se sont attaqués à la théorie classique (5). Dans cette nouvelle tendance doctrinale, un nom domine : celui de Japiot (6). Sa contribution à la théorie des nullités est capitale. Il ne s'est, en effet, pas contenté de critiquer la théorie classique. Son travail est essentiellement constructif. C'est par une définition nouvelle de la notion de nullité qu'il entame son ouvrage :

> « La nullité est une SANCTION QUI DOIT S'ADAPTER AU BUT DE LA RÈGLE dont elle tend à assurer l'observation et au milieu où pratiquement elle intervient : à cette idée fondamentale se ramènent tous les éléments de notre travail. »

Celui-ci consistera tout entier en une démonstration de l'exactitude de cette proposition. Son mérite essentiel est d'avoir dégagé les idées qui sont restées, depuis, les bases de la notion de nullité, à savoir les idées de sanction et de but (7).

Japiot ne parle guère, en revanche, des nullités partielles (8). Sa conception de la nullité — droit de critique dirigé contre les effets de l'acte, dont il admet qu'il est divisible, notamment quant aux personnes — aurait pourtant dû l'amener à considérer que ce droit de critique ne devrait être dirigé que contre les parties viciées de l'acte. Mais s'il ne l'a pas fait lui-même, du moins en a-t-il fourni les moyens.

28. — Du fait que notre théorie générale des nullités connaît toujours la distinction en nullités absolues et relatives, on pourrait se demander si Japiot, après plus d'un demi-siècle, fait encore figure de précurseur, ou si, au contraire, ses idées s'étant avérées quelque peu excessives, on en est revenu à une théorie moins hardie et plus

27. - (4) Le terme « amputation » que nous employons pour caractériser l'une des techniques de mise en œuvre de la nullité partielle, pourrait faire penser à cette théorie. Ce serait à tort. Ce terme illustre simplement le résultat final de la nullité partielle, dans certains cas.

(5) Cf. entre autres : JAPIOT, *op. cit.*, pp. 271 ss. ; LUTZESCO, *op. cit.*, en particulier la conclusion, pp. 395 ss. ; LOYER, Les actes inexistants, thèse Rennes, 1908, en particulier pp. 166 ss.

(6) *Op. cit.*, thèse 1909, 940 pages.

(7) La même inspiration préside à la théorie des nullités d'Eugène GAUDEMET, *in* Théorie générale des obligations, 1937, pp. 147 ss.

(8) Cf. ce qu'il en a été dit *supra*, n° 6, et les références en note 2.

réaliste. C'est la deuxième hypothèse qui semble être la bonne. Si la théorie actuelle lui a donné raison d'avoir rejeté l'idée d'inexistence, qui n'est plus guère citée que comme un « monument historique », vestige de la théorie classique, elle a cependant maintenu la classification en nullités absolues et relatives (1), qu'il rejetait également. Mais de sa démonstration la théorie moderne a du moins retenu l'extrême relativité des qualificatifs « absolues » et « relatives », relativité qui n'est que le reflet de celle de leur critère : nullités d'intérêt général d'une part, d'intérêt particulier de l'autre. Et surtout : l'idée maîtresse de Japiot, selon laquelle la nullité est une sanction qui doit être adaptée au but de la règle violée, est également celle de la doctrine contemporaine (2).

Il reste à examiner dans quelle mesure ce postulat et l'idée de nullité partielle se concilient. Leur concordance est, en réalité, parfaite.

La sanction doit atteindre le but visé par la règle, c'est-à-dire que ce qui est prohibé doit être annulé. Mais elle ne doit pas dépasser ce but : ce qui est prohibé seulement doit être annulé. Si donc dans un acte une clause, une condition, une charge..., est illicite ou immorale, seule cette disposition doit, en principe, être annulée : le but de la prohibition est ainsi atteint. L'adage romain « *Utile per inutile non vitiatur* » (3) prend, dans cet éclairage, un singulier relief. Mais ce principe doit recevoir des atténuations, car ses conséquences seraient parfois arbitraires. En effet, une fois que la violation de la loi est réprimée et que l'intérêt général est satisfait, un autre principe général de notre droit des obligations intervient : celui de l'auto-

28. - (1) Cf. Lutzesco, *op. cit.*, pp. 263 ss.

(2) L'Association Henri Capitant a consacré ses Travaux de l'année 1962 (t. XIV, 1965) au thème suivant : « Inexistence, nullité et annulabilité en droit civil ». On y trouve d'intéressantes synthèses sur l'état actuel de la théorie des nullités. Cf., en ce qui concerne le droit français, le rapport de M. Durry, pp. 611 ss., ainsi que le rapport général de M. J. Chevallier, pp. 513 ss.

(3) L'existence de cet adage que l'on trouve chez Ulpien (D. XXII, I, 20 et 29) constitue la particularité la plus remarquable du droit romain en notre matière. Certes, « adage » ne signifie pas « principe ». Il semble pourtant que cette maxime ait effectivement acquis la valeur d'une règle générale à une époque ultérieure (cf. en ce sens : Tandogan, *op. cit.*, p. 123). Le droit romain connaissait les deux techniques principales de mise en œuvre de la nullité partielle : la suppression d'une clause et la réduction d'une stipulation excessive. Pour des exemples, cf. Bartin, Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs, 1887, pp. 260 ss. ; Japiot, *op. cit.*, pp. 51 ss. et 296 ss. ; Tandogan, *op. cit.*, pp. 123 s... De façon générale la doctrine germanique consacre des développements substantiels au droit romain (cf. la bibliographie allemande et suisse citée *infra*, en note 1 n° 342 et note 1 n° 361). Quant à l'Ancien Droit, il s'est contenté d'appliquer, comme le dit Bartin (*op. cit.*, pp. 302-303) « des formules consacrées que les jurisconsultes se transmettaient sans en comprendre le sens et l'antique vertu ».

nomie de la volonté. Si la partie de l'acte ainsi annulée était essentielle aux yeux de ses auteurs, de sorte que, sans elle, ceux-ci n'auraient pas conclu l'acte, celui-ci doit disparaître tout entier.

Si, de cette façon, la nullité partielle s'avérait être une sanction suffisante pour réaliser, dans certaines circonstances, le but de la règle de droit prohibitive, l'admission de son principe serait déjà largement justifiée. L'intérêt général exige, en effet, la sécurité des affaires : les actes juridiques ne doivent être remis en cause que lorsque — et dans la mesure où — cela est indispensable. Mais il se trouve, en outre, que souvent la nullité partielle est — ou serait — la seule sanction réellement efficace. Elle protégerait mieux que la nullité totale, par exemple, celui qui est l'objet de la sollicitude légale, en évitant qu'un contractant de mauvaise foi puisse se débarasser d'un contrat devenu gênant pour lui. Dans certains cas, la jurisprudence a très bien compris cette idée et l'a mise en pratique de façon très audacieuse (4), alors que dans d'autres hypothèses, invoquant la lettre des textes, elle a fait preuve d'un traditionnalisme et d'un conformisme inexplicables, optant pour la nullité totale en dépit du bon sens (5).

Ainsi donc, la nullité partielle n'est pas seulement une sanction suffisante, ce qui devrait déjà la faire admettre sans hésitation et largement, une sanction étant toujours d'interprétation stricte, mais elle est aussi, dans certains cas, une sanction nécessaire.

Après avoir constaté que la nullité partielle est une sanction abondamment utilisée en pratique, nous pouvons ajouter maintenant que la notion même de nullité partielle fait partie intégrante de la théorie générale des nullités. On peut même dire qu'elle en constitue un élément très important. Malheureusement, la théorie que nous évoquons en ce moment, c'est celle qui devrait être, non celle qui est (6). Pourtant, nous venons de constater que, même dans son état actuel, la théorie générale des nullités contient toutes les données de base nécessaires à un essor du concept de nullité partielle. Celui-ci y est virtuellement contenu. Il suffisait de le mettre en évidence et d'en tirer les conséquences. Ainsi, le vœu par lequel M. Lutzesco (7) achevait son ouvrage pourrait se réaliser :

28. - (4) Cf. à titre d'exemple, la jurisprudence récente limitant la validité des clauses de non-concurrence excessives, au lieu de les annuler, *infra*, n^{os} 218 ss.

(5) Cf. par exemple la jurisprudence en matière de prix taxés, *infra*, n^{os} 234 ss.

(6) Rappr. : une note de M. J. Mazeaud, J.C.P., 1967, n° 15038, qui, dans une optique très proche de la nôtre, quoique plus générale, montre comment la jurisprudence et les auteurs sont encore imprégnés du « tabou des nullités » et comment la Cour de cassation s'oriente peu à peu vers une conception plus souple, au lieu d'appliquer des recettes toutes faites.

(7) *Op. cit.*, p. 405.

« Si l'idéal du droit est de faire régner autour de lui un maximum de justice et d'équité..., de tranquillité et de liberté..., si on veut supprimer toutes les erreurs qui se sont accumulées autour de la conception organique de l'acte juridique, si on veut vraiment rendre à la théorie des nullités la souplesse nécessaire pour satisfaire à la complexité des rapports sociaux, IL FAUT METTRE LÉGALEMENT UN TERME AUX NULLITÉS EN CASCADE... C'est seulement de cette manière que l'intérêt général aussi bien que l'intérêt privé seront sauvegardés : l'intérêt social, parce que la nullité s'opposera à la réalisation des clauses illicites de l'acte, l'intérêt privé, parce que la volonté des parties trouvera sa fécondité dans le respect des combinaisons que leur ingéniosité à créées. »

29. — En définitive, la double constatation fondamentale suivante peut être faite, en notre matière : le droit positif français connaît des cas de nullité partielle ; mais il ne connaît pas le concept de nullité partielle. Ce sont encore ces deux points de vue : droit positif et théorie, qui constitueront l'infrastructure de notre travail.

Dans la PREMIÈRE PARTIE nous procéderons à une ÉTUDE ANALYTIQUE DES NULLITÉS PARTIELLES EN DROIT POSITIF FRANÇAIS. La DEUXIÈME PARTIE, au contraire, sera consacrée à la THÉORIE DES NULLITÉS PARTIELLES.

Cette méthode qui nous conduit à examiner le droit positif avant la théorie, si paradoxale qu'elle puisse paraître *a priori*, nous est cependant imposée par l'état actuel du droit français en ce qui concerne ce problème. Ce n'est qu'à travers l'étude du droit positif que nous pourrons découvrir les données de base théoriques qui feront l'objet d'une appréciation critique approfondie et constitueront le point de départ d'un essai constructif.

PREMIERE PARTIE

ÉTUDE ANALYTIQUE DES NULLITÉS PARTIELLES EN DROIT POSITIF FRANÇAIS

30. — L'extrême diversité des cas de nullité partielle nous contraint à en établir une classification, sans laquelle aucune étude méthodique n'est possible. Aussi bien, ayant démontré la parfaite concordance pratique et théorique entre les notions de nullité en général et de nullité partielle, avons-nous songé à nous servir d'une classification des nullités déjà existante. Nous y aurions trouvé pour notre étude des cadres certes commodes, mais dénués de toute signification, de toute valeur intrinsèque, relativement à la notion même de nullité partielle. Nous nous sommes donc efforcé de dégager, dans la masse des cas de nullité partielle que nous offraient le droit positif et la jurisprudence, une classification qui serait en même temps significative des divers procédés à travers lesquels se manifeste le phénomène de la nullité partielle.

Or, celui-ci se réalise essentiellement par deux techniques. Tantôt c'est d'une véritable amputation de l'acte qu'il s'agit : telle clause, telle partie matérialisée de l'acte juridique est annulée, rayée de cet acte (Titre I). Tantôt c'est par le procédé de la réduction que la nullité partielle est mise en œuvre : un élément de l'acte — l'objet, le prix, la durée — est réduit dans son *quantum*. Rien n'est supprimé dans cet acte. Une quantité en remplace simplement une autre, qui était excessive (Titre II). Entre ces deux procédés il y aura certes des interférences, des situations marginales. Il suffira de ne pas les négliger et de les signaler en temps utile, sans que pour autant la construction d'ensemble en souffre.

TITRE PREMIER

LA NULLITE DE CERTAINES CLAUSES OU PARTIES D'UN ACTE JURIDIQUE (1)

31. — Le principe d'autonomie de la volonté permet aux auteurs d'actes juridiques non seulement de faire les opérations les plus diverses et de les assortir de modalités et stipulations accessoires multiples, selon leurs besoins ou même leurs caprices, mais encore de combiner dans un même acte juridique, utilisé comme un contenant, plusieurs opérations juridiques distinctes.

La conséquence principale de cette liberté contractuelle, en notre matière, c'est le nombre illimité des hypothèses possibles de nullité partielle. On peut, du moins, les répartir en deux grandes catégories.

Tantôt le problème se pose à propos d'actes ne réalisant qu'une seule opération juridique. Nous les qualifierons d'ACTES « SIMPLES » (Chapitre I). Bien que ceux-ci soient souvent accompagnés de stipulations accessoires et complémentaires extrêmement variées (clauses d'échelle mobile, clauses relatives à la responsabilité, clauses compromissoires, conditions...) il reste cependant que l'opération juridique envisagée est unique. Telle est la signification que nous attachons au qualificatif « simple ».

Tantôt il s'agit d'ACTES « COMPLEXES » (Chapitre II). Ils se caractérisent, par opposition aux précédents, par le fait qu'ils renferment

31. - (1) Bien que « clause » et « partie » aient des significations très voisines, nous préférons maintenir dans le titre les deux termes. En effet, si celui de « clause » correspond parfaitement à la situation des actes que nous appelons « simples », il n'en est plus de même pour les actes « complexes », pour lesquels le terme de « partie » nous paraît mieux rendre compte de la réalité.

des opérations juridiques distinctes, soit de même nature, soit de nature différente, incluses dans un même acte de par la volonté arbitraire de leurs auteurs (2).

32. — Mais après avoir ainsi posé comme critère que l'acte est « simple » lorsque l'opération juridique envisagée est unique mais assortie, le cas échéant, de stipulations accessoires ou complémentaires, et « complexe » lorsqu'il comprend des opérations distinctes, il reste à savoir quand il y a opération distincte et quand il n'y a que stipulation accessoire ou complémentaire. La réponse se trouve plus facilement en pratique qu'elle ne se formule en théorie. Ainsi un contrat de mariage contenant une donation est incontestablement, dans notre optique, un acte « complexe » : les deux opérations sont de nature différente et auraient pu être réalisées séparément. En revanche, une donation avec charge est un acte « simple », bien que la charge introduise dans la libéralité un élément onéreux, donc également de nature différente. Pourtant, même si certains cas peuvent prêter à discussion, un critère valable nous semble pouvoir être trouvé. En matière d'actes « simples », même lorsque l'accessoire ou le complément est de nature différente par rapport à l'élément principal, il ne se conçoit pas sans l'acte qu'il accompagne. Dans les actes « complexes », au contraire, les diverses opérations sont réellement réunies artificiellement dans un même cadre et auraient pu être réalisées dans des actes séparés et AUTONOMES (1).

33. — Une dernière remarque préliminaire importante doit être faite. Tout au long de cet exposé, aussi bien à propos des actes « sim-

31. - (2) Cette terminologie (actes « simples » — actes « complexes ») n'étant pas réellement consacrée dans le langage juridique français, nous maintiendrons les guillemets pour l'usage que nous en ferons, afin d'éviter toute confusion. On trouve en effet les mêmes termes utilisés par des auteurs dans des sens différents. Ainsi, le contrat de mariage est souvent qualifié de contrat complexe parce qu'il renferme des dispositions nombreuses et variées. Cf. par ex. : BARATHON, De la divisibilité des clauses du contrat de mariage, thèse Paris, 1913, en particulier pp. 33 et 78. A notre sens, ce contrat n'est complexe que s'il contient des dispositions qui ne sont pas de la nature des conventions matrimoniales, par exemple des libéralités. Cependant, d'autres auteurs ont donné à ces termes la même signification que nous. Cf. TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 228 ss.

32. - (1) Des situations exceptionnelles, telles que celle de l'institution contractuelle qui, bien que n'étant réalisable que dans le cadre du contrat de mariage, constitue cependant une opération autonome, n'empêchent pas que la distinction fondamentale entre actes « simples » et actes « complexes » corresponde à une réalité. Le problème, dans cette hypothèse, tient seulement à la technique employée. Si l'institution contractuelle ne peut être valablement incluse dans un acte séparé, l'opération juridique voulue pourrait, en revanche, être réalisée dans un acte autonome, au moyen d'une technique différente : legs ou donation avec réserve d'usufruit par exemple.

ples » qu'au sujet des actes « complexes », nous rencontrerons de nombreuses hypothèses dans lesquelles se posera le problème de savoir non seulement si la nullité de telle clause ou partie d'un acte réagit sur l'acte tout entier, mais encore — et préalablement — si la disposition en question est effectivement nulle ou non. Seul le premier de ces deux problèmes entre réellement dans notre propos. Mais il suppose nécessairement le second résolu. Aussi, lorsqu'il se présentera une hypothèse dans laquelle celui-ci est controversé, mentionnerons-nous la controverse, mais sans nous attacher à la résoudre.

CHAPITRE PREMIER

La nullité partielle des actes juridiques « simples ».

34. — L'acte juridique « simple » représente la situation normale : c'est celui qui ne réalise qu'une seule opération juridique. Mais en réalité, ces développements vaudront également pour les parties composantes des actes « complexes », c'est-à-dire pour les différentes opérations juridiques réalisées dans un même acte. Ces parties composantes, prises isolément, posent exactement les mêmes problèmes que les actes « simples » proprement dits. D'ailleurs, d'après notre définition, un acte « complexe » n'est autre chose que la juxtaposition, la combinaison, de plusieurs actes « simples ». Il en résulte que, dans un acte « complexe », le problème de l'étendue de la nullité peut éventuellement se poser à deux niveaux : la nullité de telle clause entraînera-t-elle celle de telle opération-partie composante de l'acte « complexe » ? et si oui : la nullité de cette partie réagira-t-elle sur l'acte « complexe » tout entier ? Pour le moment, seule la première de ces deux questions nous intéresse.

Un acte juridique (1) est nécessairement composé d'un certain nombre de dispositions, d'éléments, parmi lesquels on peut distinguer des ÉLÉMENTS ESSENTIELS, variables selon les actes juridiques et sans lesquels ceux-ci ne pourraient pas exister, et des ÉLÉMENTS ACCESSOIRES OU COMPLÉMENTAIRES, désignés tantôt par les termes de clauses ou stipulations accessoires, tantôt par ceux de conditions, charges ou

34. - (1) Dans la suite des développements de ce chapitre, nous parlerons d' « acte juridique », sans y accoler le qualificatif « simple », afin de ne pas alourdir inutilement le style. Il suffira que le lecteur retienne que ces développements s'appliquent à la fois à l'acte « simple » et aux parties composantes de l'acte « complexe ».

modalités. Ces dispositions accessoires peuvent être greffées par les parties sur l'acte juridique de base, pour l'aménager, le modeler selon leur convenance. Par hypothèse, elles ne sont pas indispensables à l'existence de l'acte. Le problème de l'étendue de la nullité se posera différemment selon que le vice atteindra un élément de l'une ou de l'autre catégorie. Aussi bien, distinguerons-nous ces deux situations, bien que parfois cela soit délicat. En effet, les mêmes clauses sont quelquefois considérées par certains auteurs comme accessoires, par d'autres comme constituant des éléments essentiels de l'acte (2). La solution du problème de l'étendue de la nullité peut en dépendre. Dans de tels cas, nous adopterons comme hypothèse de départ l'opinion communément admise, quitte, éventuellement, à la critiquer ensuite.

Section I

LA NULLITE DES STIPULATIONS ACCESSOIRES OU COMPLEMENTAIRES D'UN ACTE JURIDIQUE

35. — Ce sont, en principe, les articles 900 et 1172 du Code civil qui trouvent leur application en cas de nullité d'une stipulation accessoire ou complémentaire d'un acte juridique. En effet, bien que ces textes ne visent que les conditions, la jurisprudence les applique de façon générale à toutes les stipulations accompagnant, respectivement, les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux.

Vouloir énumérer ces innombrables stipulations, ou même simplement les faire entrer dans des catégories précises et logiques, tiendrait de la gageure. On peut tout au plus les regrouper d'après certaines caractéristiques communes (1). Ainsi, certaines stipulations se particularisent par la FORMULATION qu'elles empruntent, alors que leur contenu est infiniment variable. Telles sont les conditions, les charges, ainsi que les renonciations qui, contrairement aux précédentes, sont tantôt des actes juridiques distincts et autonomes, tantôt des stipulations accessoires ou complémentaires. D'autres dispositions, au contraire, ont un CONTENU caractéristique. Il s'agit des clauses qui à force d'être toujours utilisées, sont devenues, à l'instar des contrats

34. - (2) Par exemple : clauses monétaires, clauses léonines dans les sociétés.

35. - (1) D'ailleurs, si les distinctions de base entre actes « complexes » et actes « simples », de même qu'entre éléments accessoires et éléments essentiels, sont fondamentales pour la compréhension de notre sujet et pour la solution des problèmes qu'il pose, les classifications subsidiaires des différentes hypothèses n'offrent au contraire qu'un intérêt de pure forme : elles permettent d'éviter une énumération fastidieuse.

eux-mêmes, de véritables clauses « nommées », c'est-à-dire portant un nom plus ou moins précis. On peut citer, dans cette catégorie, la clause compromissoire, les clauses de non-garantie et de non-responsabilité, les clauses de non-concurrence, les clauses monétaires, etc... Ces clauses constituent des accessoires par nature, en ce sens qu'elles ne se conçoivent que greffées sur un acte juridique principal. Elles sont susceptibles, selon les cas, d'être accolées à une variété plus ou moins grande d'actes. En dehors de ces deux catégories, il y a, enfin, une masse considérable de stipulations qui contreviennent à des dispositions et prohibitions particulières, essentiellement en matière d'ordre public économique et social. Il ne semble guère possible de les classer autrement que par rapport aux différents contrats auxquels elles se rapportent. Les contrats en question sont ceux que l'on appelle généralement les CONTRATS « DIRIGÉS ». A chacun de ces contrats correspondent un certain nombre de prohibitions spécifiques.

36. — Toutes ces stipulations étant, par hypothèse, seulement accessoires ou complémentaires, c'est-à-dire non indispensables à la validité de l'acte, on pourrait imaginer un instant que, lorsqu'un vice les atteint, la nullité qui s'ensuit ne les frapperait qu'elles seules, laissant subsister l'acte fondamental, dont tous les éléments essentiels sont intacts. Ce serait faire bien peu de cas du principe d'autonomie de la volonté. En effet, ce qui est accessoire objectivement peut très bien être essentiel aux yeux des parties (1). Toute solution systématique serait nécessairement arbitraire. C'est précisément une telle solution qu'a édictée le Code civil à propos des actes à titre gratuit. L'article 900 est, en effet, sans nuances. Quant aux actes à titre onéreux, les termes mêmes de l'article 1172 ont permis dès l'origine d'atténuer la rigueur de la solution exprimée.

36. - (1) Nous nous heurtons ici à une difficulté d'ordre terminologique. Jusqu'à présent nous avons distingué les éléments essentiels et accessoires des actes juridiques au sens des conditions de validité de ces actes, c'est-à-dire à un point de vue objectif. Or, voici que des éléments objectivement accessoires peuvent prendre, dans l'intention des parties, une importance capitale, de telle sorte que leur nullité entraînera celle de l'acte lui-même. (On pourrait concevoir, au contraire, qu'un élément objectivement essentiel soit subjectivement accessoire : le prix par exemple. Mais les conséquences juridiques de cette situation ne seraient pas l'inverse des précédentes : c'est toujours la nullité totale de l'acte qui s'ensuivrait, pour défaut d'une condition de validité de l'acte.) Nous ne croyons pas pouvoir exprimer autrement le fait qu'une clause accessoire est subjectivement déterminante pour les parties qu'en la qualifiant d' « essentielle », à moins d'utiliser des périphrases compliquées ou une terminologie nouvelle et inusitée, pouvant de ce fait prêter à des confusions. Nous nous en tenons donc à la terminologie classique, en prenant soin de préciser, lorsque le contexte ne l'implique pas nécessairement, si c'est dans leur sens objectif ou subjectif que nous employons les termes « accessoire » et « essentiel ».

Aussi, et bien que certaines stipulations accessoires et complémentaires puissent se rencontrer dans les deux catégories d'actes, adopterons-nous comme point de départ de cet exposé la distinction entre actes à titre gratuit (sous-section I) et actes à titre onéreux (sous-section II). Nous étudierons cependant dans une rubrique spéciale les renonciations sous forme de stipulations accessoires ou complémentaires. Pour certains auteurs, les renonciations ne sont, en effet, des dispositions ni gratuites, ni onéreuses. Pour d'autres, elles sont tantôt l'un, tantôt l'autre. Elles méritent, en tout cas, un examen distinct, ne serait-ce que pour dissiper un éventuel malentendu (sous-section III).

Sous-section I

LA NULLITE DES STIPULATIONS ACCESSOIRES OU COMPLEMENTAIRES DANS LES ACTES A TITRE GRATUIT

37. — Les stipulations accessoires ou complémentaires d'actes à titre gratuit sont de trois sortes : les conditions, les charges et un certain nombre de clauses particulières, nécessitant un examen distinct. Le sort des deux premières catégories est réglé par l'article 900. Bien que celui-ci ne mentionne que les conditions, il est en effet unanimement admis par la doctrine et la jurisprudence qu'il s'applique également aux charges. Nous examinerons successivement le sens de l'article 900, son application aux conditions et aux charges, et, enfin, le régime des stipulations accessoires des libéralités qui ne tombent pas sous le coup de ce texte.

§ 1. — Le sens de l'article 900 du Code civil.

1) Origine historique de l'article 900

38. — L'article 900 stipule :

> « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. »

Bien que parfaitement clair dans sa lettre, ce texte a donné lieu, au siècle dernier, à d'abondantes controverses entre auteurs, alimentées par l'évolution de son interprétation jurisprudentielle. Insensibles à toute critique, les tribunaux ont imposé leur point de vue. Et la doctrine moderne dominante reconnaît dans leur système une donnée du droit positif, non point qu'elle se soit laissée convaincre par des

arguments juridiques, mais parce qu'en réalité ce système produit des résultats concrets jugés satisfaisants.

Vouloir retracer l'historique de l'article 900 nous entraînerait à des développements démesurés dans cette étude de droit positif. D'autres ont consacré à cet aspect du problème des études substantielles (1). Qu'il nous suffise de rappeler les données du problème et les différentes solutions proposées.

S'agissant de l'origine de l'article 900, le fait marquant, c'est le vote de la LOI DU 5 SEPTEMBRE 1791 qui stipule :

> « Toute clause impérative ou prohibitive qui serait contraire aux lois et aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à la liberté religieuse du donataire, héritier ou légataire, qui gênerait la liberté qu'il a, soit de se marier même avec telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou qui tendrait à le détourner de remplir les devoirs imposés et d'exercer les fonctions déférées par la Constitution aux citoyens actifs et éligibles, est réputée non écrite » (2).

Le rapport de Barrère à l'Assemblée Constituante confirme, si besoin en était encore, que l'inspiration de ce texte était essentiellement politique et révolutionnaire. La nullité des conditions illicites et immorales y est avant tout conçue comme une sanction dirigée contre le disposant :

> « Cet article, dit-il (3), est réclamé par la Constitution, par la nécessité d'assurer ses maximes et d'affirmer son esprit. C'est le moyen d'arrêter les effets malheureux de l'intolérance civile et religieuse. Il est nécessaire de poser de justes bornes aux préjugés et au despotisme de quelques citoyens qui, ne pouvant se plier aux principes de l'égalité politique et de la tolérance religieuse, proscrivent d'avance, par des actes protégés par la loi, l'exercice des fonctions publiques, l'union de leurs enfants avec des femmes qu'ils appelaient roturières, ou avec des personnes qui pratiquent un autre culte religieux ou qui ont une autre opinion politique... Craignez que les testateurs et les donateurs ne chargent de conditions impératives ou prohibitives des droits ou des dons que la loi

38. - (1) Cf. en particulier : BARTIN, *op. cit.*, pp. 259 à 336 ; CAPITANT, De la cause des obligations, 3e éd., Paris, 1927, pp. 454 à 465 ; note LABBÉ et conclusions de l'avocat général RONJAT, sous Civ., 17 juillet 1883, S. 1884.I.305. V° également : LEPELLETIER, Des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs, thèse Paris, 1889, pp. 103 ss. ; DELATTRE, Des effets des charges apposées aux libéralités entre vifs ou testamentaires, thèse Paris, 1897, pp. 18 ss. ; PANIEN, Théorie générale des conditions impossibles, illicites et immorales dans les libéralités en droit français, thèse Caen, 1899, pp. 197 ss. ; OTETELESANU, Effets de la condition impossible, illicite et contraire aux mœurs dans les actes à titre gratuit, thèse Paris, 1910, pp. 135 ss.

(2) Cf. Lois Annotées, 1re série, 1789-1830, p. 154 et conclusions RONJAT, précitées, S. 1884.I.309.

(3) Ce rapport est reproduit par MERLIN, Questions de droit, t. IV, *v°* Conditions, § 1er, pp. 113-114, et cité par LABBÉ, note précitée au S. 1884.I.305.

doit rendre libres, qu'elle doit dégager de vieux préjugés et ravir à l'empire avilissant des passions. Autrement, les lois de la nature et de la Constitution seront violées impunément ; la haine de la Révolution se cachera sous la forme du respect de la volonté des mourants ou de la générosité des donateurs... L'aristocrate, l'intolérant et l'ennemi des principes de notre Constitution commanderont encore dans le tombeau. C'est à vous de faire cesser une contradiction aussi frappante entre les lois politiques et les lois civiles, entre les volontés particulières et la volonté générale. La Constitution seule doit triompher. »

Quant à l'article 900, qui reprend en partie les termes mêmes de la loi de 1791, sauf qu'il se contente d'une formule générale et ajoute aux conditions illicites et immorales les conditions impossibles, le problème se posait de savoir s'il était également conçu comme l'instrument d'une politique ou s'il était, au contraire, d'une inspiration différente.

2) Signification de l'article 900.

39. — Quelques auteurs ont soutenu que l'article 900 n'était impératif qu'en apparence et qu'en réalité il était fondé sur la volonté présumée du disposant (1). Le caractère accessoire de la condition aux yeux du disposant étant la situation normale, celui-ci ayant avant tout voulu réaliser une libéralité, l'article 900 n'est, pour ces auteurs, que la conséquence et l'expression de cette présomption. Si donc le disposant a manifesté la volonté de subordonner l'existence de la libéralité à la réalisation de la condition, c'est l'acte tout entier qu'il faudra annuler. Cette explication, certes séduisante, mais contraire à la lettre de l'article 900, est-elle du moins conforme à son esprit ? Oui, affirment ses partisans. Il est impossible, estiment-ils, d'attribuer au législateur de 1804...

« ... si sage, si modéré, si enclin à suivre la suggestion de l'équité et de la raison, une intention aussi violente, aussi radicale, aussi contraire aux principes purs... » (2).

Il semble, pourtant, que cette interprétation de l'article 900 soit purement divinatoire. En effet, dans le silence des travaux préparatoires, et alors que la loi de 1791 était en vigueur, il paraît difficilement concevable que le législateur de 1804 ait voulu, par les mêmes termes que ceux de cette loi, poser un principe diamétralement opposé. La prétendue modération des rédacteurs du Code civil est

39. - (1) Cf. Demolombe, Traité des donations entre vifs et des testaments, t. I, n°s 202 ss., pp. 231 ss. ; Bertauld, Questions pratiques et doctrinales, t. II, n° 307, p. 233 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, Des donations entre vifs et des testaments, t. I, n°s 71 ss., pp. 27 ss. ; Aubry et Rau, 5e éd., t. XI, § 692, p. 173 ; Bienvenue, Des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs dans les actes à titre gratuit, thèse Rennes, 1899, pp. 47 ss.

(2) Labbé, note précitée au S. 1884.I.305.

plusieurs fois démentie, en particulier en matière de donations (3). L'exemple le plus frappant se trouve dans l'article 896 (4) qui adopte une solution contraire à celle de l'article 900, mais tout aussi impérative et inspirée par la même idée du respect des principes révolutionnaires.

Aussi, la plupart des auteurs se sont-ils rendus à l'évidence et ont-ils admis le caractère impératif de l'article 900. Certains ne se sont ralliés qu'à regret à cette interprétation (5). D'autres, au contraire, ont estimé que cette solution était finalement la meilleure possible, du moins pour certains cas (6).

La controverse autour du caractère impératif ou interprétatif de l'article 900 n'a plus cours à l'heure actuelle. Les auteurs admettent généralement qu'il était d'inspiration politique (7). C'est d'ailleurs précisément pour cette raison que ces mêmes auteurs approuvent son interprétation jurisprudentielle, à l'étude de laquelle nous devons nous arrêter un peu plus longuement.

3) Interprétation jurisprudentielle de l'article 900.

40. — Dans une première phase, correspondant approximativement à la première moitié du XIX[e] siècle, la jurisprudence a appliqué l'article 900 dans toute sa rigueur. Mais les justifications politiques de ce texte s'étant peu à peu estompées, une certaine réaction devant cette violation flagrante des intentions du disposant se fit sentir. Par différents procédés, les tribunaux s'efforcèrent de poser des limites à l'application de l'article 900 dans les cas où il était manifeste que le disposant avait attaché une importance essentielle à l'exécution de la condition imposée. La solution la plus simple eût été d'adopter

39. - (3) Cf. Bartin, *op. cit.*, pp. 316 ss.
(4) Cf. *infra*, n° 50.
(5) Cf. Merlin, Répertoire, t. V, p. 354 *in fine* et 355 : « ... la disposition de l'art. 900... nous paraît au contraire être une des taches qui déparent le plus le Code civil ». — Conclusions Ronjat précitées, S. 1884.I, pp. 308 ss. : « La thèse (du respect des intentions du disposant) est exacte au point de vue rationnel et philosophique. Mais le législateur a édicté l'art. 900... » — Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, 7e éd., t. III, n° 845, *in fine*, p. 697.
(6) Demante, Cours analytique de Code civil, t. IV, n° 16 *bis* IV, p. 34 : « C'était le seul moyen efficace d'ôter au donataire tout intérêt à se conformer à la volonté illicite du donateur, intérêt qui au contraire aurait subsisté jusqu'à un certain point si l'on eût donné à la condition l'effet d'annuler la donation. » — Cf. également Laurent, Principes de droit civil français, t. XI, n° 268, *in fine*, p. 371 ; Bartin, *op. cit.*, p. 342 : « je me prononce pour le maintien partiel de l'article 900 ».
(7) H., L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. IV, n° 1397, p. 1078 ; Ripert et Boulanger, Traité de droit civil, t. IV, n° 3531, p. 1127 ; Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. V par Trasbot et Loussouarn, n° 268, p. 369.

l'opinion de Demolombe, c'est-à-dire de voir dans l'article 900 un texte interprétatif de la volonté du disposant. Telle n'a pas été la voie choisie par la jurisprudence (1). C'est dans deux autres directions qu'elle s'est engagée.

Une première tendance jurisprudentielle, relativement faible et assez rapidement abandonnée, tournait la difficulté en qualifiant la disposition soumise à une condition ou à une charge d'acte à titre onéreux. C'est alors l'article 1172 qui était applicable. Le raisonnement était le suivant : lorsque la condition ou la charge est tellement importante aux yeux du disposant qu'il n'aurait pas effectué la libéralité s'il avait prévu l'obstacle à la réalisation de la condition ou de la charge, celle-ci est en quelque sorte pour lui la contrepartie de sa disposition. Il n'y a plus dépouillement gratuit, donc il n'y a plus libéralité : c'est d'un acte à titre onéreux qu'il s'agit.

La première décision ayant mis en œuvre cette idée semble être un arrêt de la Cour d'Orléans du 20 mars 1852 (2), concernant une donation avec renonciation par les donataires aux dispositions de l'article 913 du Code civil relatives à la réserve héréditaire. Cette clause constituait un pacte sur succession future.

> « Considérant, dit l'arrêt, que cette stipulation est la condition essentielle et expresse, et, pour ainsi dire, le prix de la libéralité qui la précède..., que dès lors cette prétendue donation perd son caractère de libéralité... et rentre dans le cas prévu à l'article 1172. »

Deux arrêts de la Cour de cassation du 12 novembre 1867 et du 21 décembre 1869 appliquèrent le même raisonnement à des donations faites par des tuteurs à leurs pupilles sous la condition qu'ils renoncent à critiquer le compte de tutelle (3). L'attendu principal du der-

40. - (1) Des auteurs citent parfois des arrêts comme ayant adopté l'interprétation de Demolombe. Cf. BARTIN, *op. cit.*, p. 335, note 2 ; HAMEL, La notion de cause dans les libéralités, thèse Paris, 1920, p. 136 ; AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. XI, § 692, note 6. Sont notamment cités : Req., 4 août 1856, D. 1856.I.453 ; Paris, 27 novembre 1877, D. 1878.II.188 ; Amiens, 24 juillet 1863, S. 1863.II.131 ; T.C. Castel-Sarrazin, 7 mai 1869, D. 1870.III.26. En réalité, si ces décisions font effectivement des allusions aux intentions du disposant, c'est uniquement en tant que justification subsidiaire de l'application intégrale de l'article 900. Aucune n'invoque la volonté du disposant pour écarter l'article 900. Elles ne sont donc guère significatives.

(2) S. 1853.II.13. Certains auteurs, tels que BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN, *op. cit.*, t. I, p. 44, note 1 ; PLANIOL et RIPERT, t. V, par TRASBOT et LOUSSOUARN, p. 372, note 2 ; ... citent à tort en ce sens un arrêt de la Cour de Pau du 2 janvier 1827 (D. Jur. Gén., *v°* Dispositions entre vifs, n° 173). Cet arrêt constitue une application tout à fait remarquable, vu l'époque, de la notion de cause impulsive et déterminante en matière de révocation pour inexécution. Il fait certes allusion au caractère synallagmatique de l'acte. Mais il ne concerne de toute façon pas un problème de nullité.

(3) Req., 12 novembre 1867, S. 1868.I.34, D.P., 1869.I.528 et Req., 21 décembre 1869, S. 1870.I.130, D.P., 1870.I.308. Cf. également : Paris, 12 novembre

nier arrêt s'exprime en des termes analogues à ceux de la Cour d'Orléans :

> « que, dans la pensée de la dame S., l'attribution par elle faite à sa fille d'une somme de... n'avait pas été une pure libéralité, mais l'équivalent et comme le prix de la ratification par celle-ci de l'acte de liquidation..., que l'attribution... présente moins les caractères d'une libéralité que ceux d'un contrat commutatif à titre onéreux ».

Ce système, assez séduisant et non dépourvu de logique (4), a cependant été éclipsé par un autre, plus ingénieux encore, faisant appel aux articles 1131-1133 du Code civil et à la notion de cause impulsive et déterminante.

Ce deuxième courant jurisprudentiel, qui a pris naissance approximativement à la même époque, a eu, contrairement au précédent, un succès considérable. Il constitue à l'heure actuelle une véritable règle du droit positif d'origine prétorienne. En vérité, l'idée de base est sensiblement la même que dans le système précédent. Mais la démarche intellectuelle est quelque peu différente, en ce sens qu'elle s'attache non pas à la qualification de l'acte, mais à sa motivation, à l'idée de cause. Le raisonnement repose sur la constatation suivante : parfois le disposant — donateur ou testateur — a eu en vue beaucoup plus la réalisation de la condition ou de la charge que la libéralité elle-même. Celle-ci n'a été pour lui que le moyen d'obtenir, sous la forme d'une condition ou d'une charge, un certain résultat. Par conséquent, la véritable cause de l'acte, c'est le résultat escompté et non pas l'intention libérale. Telle est la signification profonde et première de cette expression de CAUSE IMPULSIVE ET DÉTERMINANTE employée si fréquemment par la jurisprudence. Si de telles conditions ou charges sont nulles, c'est la cause même de l'acte qui disparaît : celui-ci est donc nul en vertu des articles 1131-1133 du Code civil.

Les tribunaux ont fait de ce raisonnement une application extrêmement large, qualifiant de cause impulsive et déterminante toute

1858, S. 1859.II.307, D.P., 1859.II.131 ; Pau, 3 mars 1869, D.P., 1869.II.203. Un arrêt de la Cour de Nîmes du 22 janvier 1890, S. 1893.II.13, D.P., 1891.II.113, note PLANIOL, applique également ce système, mais certainement à tort : cf. note PLANIOL. En effet, après avoir écarté l'article 900 au motif que la condition litigieuse était licite lors de la passation de l'acte, l'arrêt applique l'article 1172. Celui-ci était évidemment inapplicable pour les mêmes raisons.

40. - (4) Cf. *infra*, II[e] partie, n° 278. La plupart des auteurs approuvent ce raisonnement, pour des applications plus ou moins limitées. Cf. par ex. : BARTIN, *op. cit.*, pp. 370 ss. ; BIENVENUE, *op. cit.*, pp. 56 ss. ; HAMEL, *op. cit.*, pp. 140 ss. ; BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN, *op. cit.*, t. I, n[os] 111 ss., pp. 42 ss.

condition ou charge sans laquelle le disposant se serait abstenu de faire la donation ou le legs (5).

On cite généralement l'arrêt de la Chambre des requêtes du 3 mai 1863 (6) comme étant le premier à avoir fait application de ce raisonnement à une donation assortie d'une condition nulle :

> « Attendu, dit la Cour suprême..., qu'il est en effet CONSTANT que la nullité d'une condition contraire à la loi entraîne la nullité de la donation à laquelle elle est jointe, s'il est reconnu, comme dans le litige actuel, que la condition a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité. »

41. — Cette formule n'a pratiquement pas varié depuis. Mais en fait, nous croyons qu'elle a été appliquée mal à propos dans l'affaire que concernait cet arrêt. En effet — et bien que personne ne semble l'avoir relevé jusqu'à ce jour — c'est l'article 953 du Code civil, et non l'article 900, qui aurait dû être invoqué. Examinons les faits : une mère avait fait donation de tous ses biens à ses enfants, sous la condition que ces biens, réunis à ceux de son défunt mari, soient partagés entre eux. Ce partage fut réalisé par le même acte que la donation, mais il fut annulé pour omission de l'un des enfants. Les magistrats ont alors confondu nullité du partage et nullité de la condition.

> « Attendu, dit l'arrêt, que le partage qui fut ainsi effectué est inséparable de la donation ; que sa réalisation immédiate était la condition essentielle de la démission de biens consentie par la mère commune. »

Mais de cette constatation de fait tout à fait logique et normale, l'arrêt tire des conclusions erronées. Il annule en effet la donation sous prétexte que la condition nulle à laquelle elle était subordonnée en constituait la cause impulsive et déterminante (1). Mais si le partage était, en l'occurrence, incontestablement nul, la condition, elle,

40. - (5) L'analyse et l'appréciation critique de ce système relèvent de notre II[e] partie, cf. *infra*, n[os] 265-279.

(6) S. 1864.I.269, D.P., 1863.I.429. Les termes de l'arrêt, qui fait allusion à une situation « constante », pourraient faire croire que la jurisprudence était déjà fixée sur ce problème auparavant. En réalité il n'en est rien. Cet arrêt de la Chambre des requêtes est bien le premier à avoir limité l'article 900 par la notion de cause impulsive et déterminante. Mais cette notion existait depuis très longtemps. Seule son application à l'article 900 était nouvelle. Ainsi, l'arrêt précité de la Cour de Pau du 2 janvier 1827 (D. Jur. Gén., *v°* Dispositions entre vifs, n° 173 ; S. 1825-27.II.305) en faisait une application remarquable en matière de révocation pour inexécution des charges. La jurisprudence appliquait également cette notion de cause impulsive et déterminante en matière de libéralités entre concubins ou faites à des enfants adultérins ou incestueux : cf. Req., 26 mars 1860, D. 1863.I.255, S. 1860.I.321 ; Req., 31 juillet 1860, D. 1860.I.458, S. 1860.I.833.

41. - (1) V° l'attendu cité au n° 40, *in fine*.

était non moins incontestablement valable. Elle a simplement été EXÉCUTÉE de façon illicite par les bénéficiaires de la donation. Cette mauvaise exécution équivalait ici à une inexécution totale, puisque le partage était anéanti. Il ne pouvait donc s'agir que d'un problème de révocation de la donation pour inexécution de la condition et en aucun cas de nullité. Or, en matière de révocation pour inexécution, la notion de cause impulsive et déterminante servait depuis très longtemps de critère permettant de déterminer si l'inexécution de telle condition ou charge pouvait ou non justifier la révocation (2). Très probablement, l'arrêt de 1863, en parlant d'une situation « constante », fait donc allusion à la jurisprudence relative à la révocation pour inexécution.

Cela est d'autant plus vraisemblable que dans l'arrêt de la Cour d'appel, objet du pourvoi, il était effectivement question de révocation et non de nullité. Il n'est pas sans intérêt de remarquer que, si dans l'attendu final (3) de l'arrêt de la Cour suprême on remplace le terme de nullité, employé à deux repriscs, par les termes correspondants en matière de révocation, à savoir successivement par « inexécution » et « révocation », non seulement la formule devient d'une correction juridique parfaite, mais elle n'a plus rien de révolutionnaire : elle n'est que la reprise d'une jurisprudence constante. Il est donc permis de penser que cette masse considérable de décisions relatives à l'article 900, dont la solution présente une importance pratique et théorique capitale en matière de libéralités, repose sur une confusion, sur une inadvertance de quelques magistrats. Nul ne peut dire ce qu'il serait advenu si cela ne s'était pas produit. Peut-être le même système aurait-il été admis, délibérément cette fois, lors d'un autre arrêt ? Peut-être, aussi, cette confusion passée inaperçue a-t-elle constitué, si l'on peut dire ainsi, le « coup de pouce » déterminant pour le tournant important qui venait d'être pris (4).

41. - (2) Cf. *supra*, note 4 n° 40, en particulier ce qui a été dit au sujet de l'arrêt de la Cour de Pau du 2 janvier 1827.

(3) Précité, *supra*, n° 40, *in fine*.

(4) Nous trouvons un argument supplémentaire en faveur de notre hypothèse dans le fait que cette confusion entre nullité et révocation est extrêmement fréquente, que ce soit dans les arrêts ou chez les auteurs, même encore actuellement. Cette confusion a été d'autant plus facilement commise, à partir de l'arrêt de 1863 précité, que c'est la même notion de cause impulsive et déterminante qui a permis de résoudre à la fois le problème de l'effet d'une condition NULLE sur le sort de la libéralité (nullité) et celui de l'effet d'une condition INEXÉCUTÉE sur le sort de la libéralité (révocation). Dans les deux cas la libéralité ne disparaît que si la condition ou charge a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité. Ainsi la confusion n'a-t-elle du moins pas de répercussions pratiques fâcheuses. Mais les deux notions sont cependant fondamentalement différentes, l'une concernant la formation de l'acte, l'autre son exécution. La jurisprudence a fréquemment appliqué l'article 900 à des charges ou

Quoiqu'il en soit, cette notion de cause impulsive et déterminante connut une grande fortune. Dès lors, les circonstances plus ou moins discutables de sa naissance, ou plutôt de son introduction dans la sphère de l'article 900, importent peu.

42. — Dès 1868, le principe que l'arrêt de 1863 avait instauré en matière de donations fut étendu par la Cour de cassation aux legs (1). Cet arrêt est d'autant plus remarquable qu'il n'hésite pas à poser le principe en théorie, sans l'appliquer à l'espèce — ou, plus exactement, en l'appliquant de façon conforme à la lettre de l'article 900 —, la clause d'inaliénabilité nulle ayant été considérée comme accessoire aux yeux du disposant. Cette fois, aucun doute ne peut plus subsister sur les intentions des magistrats de la Cour suprême. Un arrêt de la Cour de Dijon du 7 décembre 1871 (2) se chargea de mettre en pratique le principe ainsi posé : il annula un legs au motif que la charge nulle en était la cause déterminante. Les lois de laïcité de la fin du XIX[e] siècle et du début du XX[e] (3) fournirent à la jurisprudence l'occasion d'appliquer ce système à de nombreuses affaires.

conditions confessionnelles dont l'exécution était rendue impossible par l'intervention postérieure des lois de laïcité. Or, à moins d'être rétroactives, ce qu'elles n'auraient pu être qu'en vertu d'une stipulation expresse, ces lois ne pouvaient pas rendre nulles les charges ou conditions stipulées antérieurement à leur mise en vigueur. S'agissant de questions intéressant l'ordre public, l'effet de ces lois était simplement d'empêcher l'exécution des conditions ou charges stipulées valablement par le passé, la sanction de la nullité ne s'appliquant qu'aux dispositions postérieures à ces lois. La difficulté de la distinction a encore été accrue du fait que certains arrêts et auteurs estimaient que la révocation ne pouvait sanctionner que des inexécutions fautives, imputables au bénéficiaire de la libéralité, et non les inexécutions dues à un cas de force majeure ou à un fait du prince, tel que l'intervention d'une loi nouvelle prohibitive. Cette opinion est aujourd'hui unanimement rejetée : l'inexécution donne lieu à révocation quelle qu'en soit la cause. V°, pour des auteurs ayant fait cette confusion entre révocation et nullité : PLANIOL et RIPERT, t. V, par TRASBOT et LOUSSOUARN, n° 272, p. 372 ; PONSARD, J. Cl. Civ., art. 1168-1174, n° 24 ; JAUBERT, J. Cl. Civ., art. 953-956, n° 5 et art. 1002, n° 12, *in fine* ; BOURCART, note au S. 1895.II.209. Pourtant la distinction était déjà très clairement faite dans l'arrêt précité de la Cour de Pau du 2 janvier 1827 (D. Jur. Gén., *v°* Dispositions entre vifs, n° 173, S. 1825-27.II.305). PLANIOL fait également un exposé remarquable sur cette distinction dans une note au D.P., 1891.II.113, sous l'arrêt précité de la Cour de Nîmes du 22 janvier 1890. Cf. encore HAMEL, *op. cit.*, pp. 156-169, qui explique très bien la différence entre les deux institutions, bien que dans d'autres passages il semble lui-même faire la confusion, par ex. pp. 146, 189...

42. - (1) Civ., 7 juillet 1868, S. 1868.I.435, D.P., 1868.I.446.

(2) D. 1873.II.177.

(3) 1886, 1905, 1908... Cf. les réserves concernant le bien-fondé de cette jurisprudence, en ce qui concerne les libéralités antérieures à ces lois, *supra*, note 4 n° 41.

Comment situer cette jurisprudence, par rapport aux deux courants doctrinaux mentionnés précédemment (4) ? Si cette interprétation de l'article 900 est certainement contraire à l'avis de Laurent, Demante, Bartin..., qui voyaient dans cette disposition un texte strictement impératif, d'inspiration répressive, elle n'est pas, pour autant, tout à fait conforme à l'opinion de Demolombe ou de Bertauld, pour lesquels ce texte n'exprimait qu'une simple présomption de la volonté du disposant. En effet, de nombreux arrêts ont admis qu'il ne suffisait pas que le disposant ait stipulé expressément la condition ou la charge de rigueur pour qu'elle soit considérée comme ayant été la cause impulsive et déterminante de la libéralité (5). Ils considèrent que l'article 900 est d'ordre public et que le disposant ne peut pas l'écarter discrétionnairement. Ce n'est que lorsque la charge ou la condition est réellement la cause de la disposition à titre gratuit que les articles 1131-1133 interviennent et éclipsent l'article 900 (6).

En conclusion on peut dire que si le système jurisprudentiel est en théorie très proche de l'opinion selon laquelle l'article 900 est un texte impératif, en pratique il aboutit cependant très souvent au même résultat que si ce texte était interprétatif de volonté.

§ 2. — L'application de l'article 900 aux conditions et aux charges.

43. — Si les conditions et les charges sont des procédés nettement distincts (1), il se trouve, cependant, qu'au point de vue de l'étendue de la nullité, ce sont les mêmes principes qui gouvernent les deux cas : la jurisprudence leur applique l'article 900 et la notion de cause impulsive et déterminante. Il y a lieu, pourtant, de préciser le sens des termes « condition » et « charge » dans la mesure où cela est utile pour l'étude de la mise en œuvre de l'article 900 (2).

44. — Dans certains cas, la terminologie juridique française comporte d'importantes lacunes, en ce sens qu'elle désigne souvent par le même terme des notions très différentes, ce qui ne laisse pas de

42. - (4) Cf. *supra*, n° 39.
(5) Cf. notamment Civ., 17 juillet 1883, S. 1884.I.305, note Labbé et concl. Ronjat ; Req. 6 janvier 1909, S. 1910.I.341 ; Limoges, 13 mai 1924, D.H., 1924, p. 589 ; Civ., 7 janvier 1955, Bull., 1955.I, n° 3, p. 3.
(6) Sur la valeur théorique et pratique de ce raisonnement, cf. *infra*, II[e] partie, n[os] 265 et ss.

43. - (1) Les problèmes posés par cette distinction ont été abondamment développés par de nombreux auteurs. Cf. entre autres : Capitant, *op. cit.*, pp. 449 ss. ; Josserand, Les mobiles dans les actes juridiques, pp. 174 ss. ; Bouyssou, Les libéralités avec charges en droit civil français, 1947, pp. 67 ss. ; Savatier, R.T.D.Civ., 1931, pp. 631 ss.
(2) Les observations qui suivent sont en grande partie valables également pour l'article 1172.

provoquer des confusions fâcheuses (1). Ainsi en est-il du terme « condition ».

Dans les expressions « condition de validité » ou « condition de formation », ce terme désigne d'abord les éléments essentiels à la réalisation d'un acte juridique : capacité, consentement, cause, objet, éventuellement forme... Le droit allemand parle alors de « *Voraussetzungen* », qu'on pourrait traduire littéralement par « éléments présupposés ». Il est évident que ni l'article 900, ni l'article 1172 ne s'appliquent à ce genre de conditions. En effet, sans une telle condition, l'acte ne peut exister : il est donc inconcevable de la réputer non écrite.

Au sens des articles 900 et 1172 (2), la condition désigne, au contraire, un événement futur et incertain, extérieur à l'acte lui-même, mais à la réalisation duquel le sort de cet acte est subordonné par la volonté des parties. C'est la « *Bedingung* » du droit allemand. L'événement visé étant, par hypothèse, extérieur à l'acte principal, il est, cette fois, concevable qu'une telle condition soit réputée non écrite. En pratique, cependant, l'article 900 n'est pas susceptible de s'appliquer à toutes les conditions répondant à cette définition. Il faut distinguer les conditions casuelles et les conditions potestatives.

Les conditions casuelles sont strictement extérieures au rapport juridique envisagé, en ce sens qu'elles ne dépendent en rien de la volonté des parties : « Je donne ou lègue telle chose à telle personne sous la condition que tel événement se produise ». Ce peut être un événement naturel ou le fait d'un tiers : pour les parties à l'acte, le fait d'un tiers est casuel puisqu'il ne dépend pas de leur volonté. Mais de telles conditions peuvent-elles tomber sous le coup de l'article 900 ? Elles ne peuvent en aucun cas être illicites ou immorables. Cela est évident pour un fait naturel. Mais il en est de même lorsqu'il s'agit du fait d'une tierce personne. Celui-ci peut, bien sûr, être intrinsèquement immoral et illicite ; mais cela n'implique nullement que la condition le soit aussi. N'est immoral ou illicite que ce qui est intentionnel. La volonté des parties à l'acte étant, par hypothèse, étrangère au fait du tiers, la condition est parfaitement licite. Ainsi, une assurance sur la vie, limitée au cas où l'assuré périrait par un acte criminel, ne serait pas illicite sous prétexte que le fait érigé en condition est illicite. Les conditions casuelles peuvent, certes, être impossibles, matériellement ou, s'il s'agit du fait d'un tiers, juridiquement. Mais s'il est facile d'imaginer une libéralité subordonnée à une condition

44. - (1) Cf. BECQUART, Les mots à sens multiples en droit civil français, thèse Lille, 1928.

(2) A notre connaissance, la seule étude systématique du sens de la notion de condition dans les articles 900 et 1172 se trouve chez BARATHON, *op. cit.*, pp. 37 ss.

casuelle impossible, on ne rencontre pas d'exemples de ce genre en pratique. Ce ne sont que des hypothèses d'école. On peut donc dire qu'en réalité l'article 900 ne s'applique pas aux conditions casuelles.

Ce sont les conditions potestatives qui constituent le véritable domaine d'application de l'article 900 (3). Les faits qu'elles visent dépendent de la volonté du bénéficiaire de la libéralité. Le sort de celle-ci est subordonné par le disposant à leur réalisation : « Je donne ou lègue tel bien à telle personne, à condition qu'elle fasse telle chose. » Seules ces conditions potestatives peuvent être illicites ou immorales. Et les hypothèses de conditions impossibles qu'offre la pratique concernent toutes, également, des conditions potestatives (4).

45. — En ce qui concerne les charges, une fois admis le principe de l'applicabilité de l'article 900, il n'y a plus guère de problèmes à résoudre. Selon la définition de Henri Capitant, « la charge est une obligation... imposée au gratifié et acceptée par lui » (1). Il en résulte qu'une libéralité avec charge n'est certainement plus un acte purement unilatéral et gratuit. Un élément commutatif s'y est introduit (2) : le bénéficiaire, en acceptant la libéralité, a assumé une obligation. Il n'en est pas de même en cas de condition potestative au sujet de laquelle le bénéficiaire-acceptant ne s'engage à rien : une option lui est simplement ouverte (3).

44. - (3) Il ne peut s'agir ici que des conditions potestatives qui doivent être accomplies par le bénéficiaire de la libéralité. En effet, lorsque la condition vise un fait du donateur lui-même, c'est la donation entière qui est nulle, en vertu de l'article 944 du Code civil et de la maxime « Donner et retenir ne vaut ». Pour cette catégorie de conditions potestatives, cf. *infra*, n° 49.

(4) D'autres précisions sur la notion de condition, plus spécifiques à celles contenues dans les actes à titre onéreux, seront fournies lors de l'étude de l'article 1172 : cf. *infra*, n°s 65-67.

45. - (1) *Op. cit.*, p. 450.

(2) Certains auteurs ont cru pouvoir déduire de cette particularité que la donation avec charge est en réalité un acte « complexe » : acte à titre onéreux dans la mesure où la charge absorbe la donation, acte à titre gratuit pour le surplus. Ils en concluaient à une application distributive des articles 1172 et 900. Ils préconisaient, par conséquent, qu'en cas de charge nulle on réduise la donation à concurrence de la valeur de la charge, en la laissant subsister pour le surplus. Cf. concl. Lespinasse au D.P. 1869.II.204. Cette interprétation a été rejetée avec raison par la majorité des auteurs. Certes, la charge a quelques répercussions sur le régime juridique de la libéralité qui la contient, aux points de vue du rapport et de la réduction par exemple, mais elle ne modifie pas, en principe, la nature juridique de l'acte. Non seulement le système en question serait impossible à mettre en œuvre dans de nombreuses hypothèses, les charges étant souvent insusceptibles d'appréciation pécuniaire, mais il n'est qu'une vue de l'esprit, dénuée de tout fondement logique et psychologique. La jurisprudence n'a jamais été sensible à ce raisonnement. Aussi l'écartons-nous définitivement.

(3) Cette différence pourrait faire croire que la qualification d'acte à titre onéreux et le recours à l'article 1172 peuvent éventuellement se conce-

Il reste, cependant, qu'en fait les deux procédés ont une finalité très voisine et peuvent souvent être utilisés indifféremment. Pour ne prendre qu'un seul exemple : quelle différence y a-t-il entre une condition d'inaliénabilité et une charge de ne pas aliéner ? Certes, une charge vise plutôt une activité positive et non une abstention, pour laquelle on aura plus facilement recours à une condition. Toujours est-il que, s'il y a des différences de régime entre conditions et charges, les solutions sont les mêmes au point de vue de la nullité. Dans cette mesure, il est donc inutile de rechercher à travers les applications pratiques de l'article 900 ce qui est condition et ce qui est charge.

46. — Mais quel est alors le sort des libéralités, en cas de nullité des conditions ou des charges ? Il ne saurait être question d'entreprendre ici une étude exhaustive des conditions ou charges nulles dans la jurisprudence française. D'autres s'y sont employés (1). Notre objectif est simplement d'illustrer, par quelques exemples pris parmi ses applications les plus fréquentes, le système dégagé précédemment. En effet, ce qui importe, dans cette matière, c'est le raisonnement tenu par la jurisprudence, plus que ses applications concrètes elles-mêmes. Ce raisonnement, axé sur la notion de cause impulsive et déterminante et exprimé pour la première fois dans l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1863, s'est mué peu à peu en une véritable règle du droit positif, que nous admettons comme telle pour le moment.

Les charges et les conditions peuvent être groupées en trois grandes catégories, concernant respectivement l'organisation de l'Etat et le Droit public, le Droit des personnes, enfin les biens.

1) L'organisation de l'Etat et le Droit public.

Relativement fréquentes au siècle dernier, les charges ou conditions touchant à l'organisation de l'Etat et au Droit public sont devenues extrêmement rares à l'heure actuelle. Une question particulière a plus spécialement retenu pendant plusieurs décades l'attention à la fois des juristes et de l'opinion publique : celle des conditions

voir pour les libéralités avec charge, mais non pour les libéralités sous condition potestative. En réalité, la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à ce détail. Les rares cas où elle a eu recours à l'article 1172 pour éviter d'avoir à appliquer l'article 900 concernent aussi bien des libéralités avec charges que des libéralités conditionnelles. Cf. *supra*, n° 40, et les références citées en notes 2 et 3.

46. - (1) Cf. en particulier : Bartin, *op. cit.*, pp. 9-252. V° également les thèses de Bienvenue, *op. cit.* : Panien, *op. cit.* ; Lepelletier, *op. cit.* ; Gaudet de Lestard, Des conditions impossibles ou illicites insérées dans les libéralités entre vifs ou testamentaires, Poitiers, 1899.

OU CHARGES D'ORDRE CONFESSIONNEL. C'est principalement à leur sujet que s'est développé et affermi le système jurisprudentiel fondé sur la notion de cause impulsive et déterminante. De très nombreuses décisions sont intervenues aussi bien dans le sens de la nullité partielle et de l'application de l'article 900 parce que la stipulation nulle n'était pas la cause impulsive et déterminante de la libéralité (2) que dans celui de la nullité totale, l'article 900 se trouvant écarté par les articles 1131-1133 (3). Mais, peu à peu, c'est dans une autre direction qu'on s'orienta : celle de l'exécution indirecte ou approximative des conditions ou des charges en question. La jurisprudence civile n'eût, sur ce point, qu'à suivre l'exemple de la jurisprudence administrative, en particulier du Conseil d'Etat (4) (5).

2) LE DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE.

47. — Les charges ou conditions relatives à l'état des personnes, aux libertés individuelles et au droit de la famille pourraient donner lieu à une énumération longue et fastidieuse. Parmi les principales, on peut citer : l'usage des droits civils et politiques, le libre exercice d'une profession, la liberté de conscience, l'égalité des races et des religions, le droit au nom, les prérogatives respectives du mari et de la femme, les règles de la tutelle, le concubinage, la liberté du mariage et du domicile, etc... La jurisprudence relative à toutes ces prérogatives est, en fait, assez rare et souvent fort ancienne, sauf pour quelques-unes d'entre elles qui méritent une attention particulière

a) *La liberté du mariage.*

La liberté du mariage fait l'objet de clauses assez diverses. Les plus nombreuses visent le remariage de l'époux-donataire ; elles ont donné lieu à une abondante jurisprudence. Quelques espèces plus rares concernent le mariage en général ou le mariage avec telle personne déterminée. La doctrine dominante et la jurisprudence esti-

46. - (2) Cf. à titre d'exemples : Req., 18 février 1891, D.P., 1893.I.316 ; Civ., 20 février 1895, D.P., 1895.I.473, note PLANIOL ; Civ., 26 mai 1894, S. 1896.I.129, note MEYNIAL et D.P., 1895.I.217, note PLANIOL ; Civ., 19 octobre 1910, S. 1911.I.207 ; Limoges, 13 mai 1924, D.H., 1924, p. 589.

(3) Cf. à titre d'exemples : Req., 17 juin 1905, S. 1906.I.174 ; Req., 12 mai 1909, D.P., 1910.I.291 ; Req., 31 octobre 1922, D.P., 1922.I.239.

(4) Cf. pour la jurisprudence civile : Paris, 18 décembre 1925, D.H., 1926, p. 42 et D.P., 1927.II.41, note BEUDANT ; Req., 15 juillet 1931, D.P., 1932.I.33, note SAVATIER.

(5) Sur l'ensemble de ce problème des charges ou conditions confessionnelles, cf. CAPITANT, *op. cit.*, pp. 461 ss. et les références citées ; ARCHAMBAULT, Les libéralités grevées de charges et les fondations pieuses sous l'empire de la loi du 13 avril 1908, thèse Paris, 1909 ; surtout BÉTIN, Des conditions ou charges d'ordre confessionnel insérées dans les libéralités aux personnes morales publiques, thèse Rennes, 1933.

ment que de telles clauses ne sont pas nulles systématiquement (1). Elles ne le sont que si elles obéissent à un but illégitime (jalousie posthume) ou si elles aboutissent à un résultat néfaste (impossibilité de légitimer des enfants adultérins). Mais le problème qui nous intéresse plus particulièrement, c'est celui du sort de la libéralité qui contient une clause nulle de ce genre. En fait, de nombreuses décisions n'ont pas abordé ce problème et ont simplement réputé non écrite la clause (2). D'autres ont adopté la même solution, mais en la justifiant par le fait que la condition en question n'était pas impulsive et déterminante (3). Quelques rares décisions, enfin, ont, au contraire, écarté l'article 900, annulant la libéralité tout entière au motif que la clause litigieuse en était la cause impulsive et déterminante (4).

Il n'appartient certes à personne d'interdire le mariage ou le remariage à quelqu'un — fût-ce le mari à sa femme — pour le cas où il prédécéderait. Mais l'annulation pure et simple de la seule clause litigieuse, sans aucune explication relative au sort de la libéralité elle-même, ne nous paraît pas être, pour autant, une solution satisfaisante. Elle peut s'expliquer par le fait que, les parties n'ayant pas soulevé cette question, le juge ne peut pas statuer « *ultra petita* » (5).

Certains estiment, du moins, que la nullité devrait être impérativement limitée à la seule clause. Ainsi, par exemple, M. Huet déclare (6) :

> Qu'importe l'iniquité ou le travestissement de la volonté dès lors que celle-ci heurte l'ordre public et les bonnes mœurs ? Son auteur ne peut s'en prendre qu'à lui-même ! Réputer non écrite

47. - (1) *Contra :* A. HUET, Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques, R.T.D.Civ., 1967, pp. 45 ss., en particulier pp. 59 ss. et les références citées en note 67, p. 59.

(2) Cf. Paris, 13 juillet 1911, D.P., 1912.II.192 ; Req., 8 avril 1913, D.P., 1915.I.29 ; Paris, 8 mars 1924, D.H., 1924, p. 355 ; Colmar, 5 janvier 1932, G.P., 1932.I.684, R.T.D.Civ., 1932, p. 497 ; Poitiers, 23 octobre 1934, S. 1935.II.18 ; Civ., 24 octobre 1939, D.H., 1940, p. 1, S. 1940.I.32 ; T.C. Seine, 22 janvier 1947, G.P., 1947.I.67, D. 1947, p. 126 ; T.C. Chatellerault, 8 février 1949, G.P., 1949.I.278, D. 1949, p. 467, note CARBONNIER, J.C.P., 1949, n° 5074, note J. SAVATIER.

(3) Cf. T.C. Loches, 24 juin 1915, S. 1915.II.97, note NAQUET.

(4) Cf. Douai, 22 juillet 1907, D.P., 1907-II.344 ; T.C. Valognes, 7 mai 1958 (motifs), D. 1958, Somm., p. 153 ; Civ., 8 novembre 1965, Bull. 1965.I, n° 593, p. 450, D. 1966, Somm., p. 33. G.P., 1966.I.55, R.T.D.Civ., 1966, p. 332, obs. R. SAVATIER.

(5) Cette observation concernant l'application littérale de l'article 900, sans qu'on s'interroge réellement sur le sort de la libéralité, vaut de façon générale. Très fréquemment ce problème n'est même pas posé. Il est permis de penser que la rédaction actuelle de l'article 900 y est pour beaucoup, les intéressés ne connaissant pas la possibilité que leur offre la notion de cause impulsive et déterminante.

(6) Article précité, p. 80.

une condition nulle et maintenir l'acte juridique qu'elle affectait, nous paraît même fort souhaitable, dans la mesure où ce « découpage » est le seul moyen possible de prévenir et de sanctionner les atteintes à l'ordre public et aux bonnes mœurs. »

Certes, l'ordre public exige parfois le maintien impératif d'un acte amputé d'une disposition illicite. Mais cela ne nous semble pas être le cas ici. Il est indifférent à l'ordre public que des libéralités soient maintenues ou anéanties dans cette hypothèse (7). C'est alors la volonté du disposant qui doit être interrogée pour déterminer le sort de la libéralité : a-t-il simplement exprimé un souhait, sans subordonner réellement la libéralité à sa réalisation, ou, au contraire, n'a-t-il voulu laisser au bénéficiaire qu'une option entre le mariage projeté et la libéralité reçue ? Libre de disposer ou non, il pouvait imposer au bénéficiaire une telle alternative. Nous ne pouvons que nous rallier à l'opinion d'un auteur (8) qui écrit, à propos des clauses relatives à la liberté nuptiale :

« Est-ce à dire, cependant, qu'en tout cas nous sacrifierons la dupe au fripon... ? Nous sommes partisans résolus d'admettre, toutes les fois qu'il sera démontré que la condition imposée par le disposant a été la « cause impulsive et déterminante » de sa libéralité, une interprétation qui ne lèse pas irrémédiablement ses intérêts... Cette solution est équitable. Le légataire ou donataire n'est-il pas malvenu, en effet, à soulever la nullité d'une condition qu'il n'exécute pas quand il sait que son accomplissement seul doit, dans l'esprit du donateur ou testateur, décider du sort de la libéralité ? »

b) *La liberté du domicile.*

La situation est assez voisine de la précédente. Une clause portant atteinte à la liberté du domicile ou de la résidence n'est valable que lorsqu'elle est temporaire et justifiée par un intérêt légitime. Ces clauses, beaucoup plus rares que les précédentes, se trouvent d'ailleurs parfois combinées avec celles-ci. Un arrêt de la Chambre civile du 28 novembre 1955 (9) admet qu'une telle clause n'a pas été la cause impulsive et déterminante, bien que le disposant l'ait imposée « sous peine de perdre le bénéfice du legs ».

47. - (7) Sur ces problèmes relatifs au rôle de l'ordre public en matière d'étendue de la nullité, cf. *infra*, n°s 325 ss.

(8) Duclos, De l'article 900 et des conditions relatives à la liberté du mariage, thèse Alger, 1920, pp. 144-145.

(9) Bull., 1955.I, n° 413, p. 332. V° dans le même sens un arrêt de la Cour de Paris du 23 juin 1892, S. 1893.II.26 et D.P., 1892.II.379, qui infirme un jugement du T.C. de Meaux du 27 novembre 1889 qui avait au contraire admis que la clause en question avait été une condition impulsive et déterminante. Cf. également Montpellier, 28 décembre 1932, D.H., 1933, p. 124.

3) Le droit des biens.

48. — Parmi les charges ou conditions relatives aux biens, nous n'en retiendrons qu'une, relativement plus fréquente que les autres : la clause d'inaliénabilité. Elle non plus n'est pas nulle dans son principe même. Mais la jurisprudence se montre assez sévère dans l'appréciation de sa validité. Celle-ci n'est reconnue que si la clause est stipulée pour une courte durée et si elle est justifiée par un intérêt sérieux (1). Quant au sort de la libéralité affectée d'une telle clause, les arrêts, conformément au principe établi, affirment que la nullité de la clause entraînera celle de la libéralité si elle en a été la cause impulsive et déterminante. En réalité, pratiquement tous décident que la libéralité, et non l'inaliénabilité, a été le but déterminant du disposant (2).

On peut donc conclure qu'en matière de charges et de conditions, qui constituent l'essentiel des stipulations accessoires dans les actes à titre gratuit, le système formé par la combinaison de l'article 900 et de la notion de cause impulsive et déterminante est appliqué à peu près uniformément par les tribunaux. Quelques situations particulières échappent, cependant, à la règle de l'article 900 tel qu'il est interprété par la jurisprudence.

§ 3. — Cas particuliers non régis par l'article 900.

Nous regroupons sous ce titre deux sortes d'hypothèses : d'une part, des charges ou conditions auxquelles l'article 900, exceptionnellement, ne s'applique pas ; d'autre part, des stipulations accessoires d'actes à titre gratuit qui ne sont ni des charges, ni des conditions.

1) Les conditions potestatives pour le donateur.

49. — Leur cas est prévu à l'article 944 qui stipule :

« Toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle. »

48. - (1) Cf. à ce sujet : Le Roux, Les prohibitions d'aliéner insérées dans les contrats et testaments, thèse Rennes, 1930, p. 7 ; Negel, De la clause d'inaliénabilité dans les actes à titre gratuit, thèse Paris, 1915, pp. 58 à 86.

(2) Civ., 7 juillet 1868, S. 1868.I.435 et D. 1868.I.446 ; Req., 20 mai 1879, D.P., 1879.I.43 et S. 1880.I.14 ; Paris, 10 juin 1887, D.P., 1889.II.92 ; Paris, 23 juin 1892, S. 1893.II.26, note J. L. et D.P., 1892.II.379 ; Req., 10 novembre 1896, D.P., 1897.I.51 ; Req., 6 janvier 1909, S. 1910.I.341 ; Rouen, 22 octobre 1924, D.P., 1926.II.54, note H. L. ; Montpellier, 28 décembre 1932, S. 1933.II.69 ; Civ., 29 juin 1933, D.H., 1933, p. 477 ; T.C. Belfort, 14 mai 1947, D. 1947, p. 483 ; Civ., 23 mars 1949, G.P., 1949.I.281 et S. 1949.I.167 ; Bordeaux, 8 juin 1959, J.C.P., 1960, n° 11638, note Guyon.

Par conséquent, alors que les conditions potestatives pour le bénéficiaire sont en principe valables, mais tombent, en cas de nullité, sous le coup de l'article 900, les conditions potestatives pour le donateur sont toujours nulles et entraînent toujours la nullité de la donation en vertu de cet article 944, qui prend le contre-pied de l'article 900. De ce fait, ce cas n'entre pas à proprement parler dans notre sujet, puisqu'il y a toujours nullité totale. Tout au plus peut-on se demander si cette mesure s'imposait. Certes, ce genre de condition implique que le donateur ne s'est pas entièrement détaché des biens donnés, ce qui est incompatible avec l'essence même de la donation : « Donner et retenir ne vaut. » Mais un tel raisonnement correspond-il à la réalité psychologique ? Il est permis d'en douter. Ne serait-il pas plus équitable de n'annuler la donation elle-même que si la condition potestative en a été une condition *sine qua non*, ce qui n'est pas forcément le cas ? Une logique rigoureuse n'aboutit pas toujours à des résultats heureux. En l'occurrence, le donataire est délibérément sacrifié au donateur, ou, ce qui est plus grave encore, à ses ayants cause (article 946) (1).

2) Les substitutions prohibées.

50. — Aux termes mêmes de l'article 896, les substitutions prohibées constituent un cas particulier de charge nulle :

> « Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire, sera CHARGÉ de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire. »

Cette prohibition est d'origine révolutionnaire (1). Elle fut introduite par un décret du 14 novembre 1792. Mais celui-ci n'annulait que la clause de substitution elle-même, le bénéficiaire étant simplement libéré de la charge. L'inspiration politique de cette mesure était évidente : il s'agissait, pour le législateur révolutionnaire, d'éviter que les principes fondamentaux de la société nouvelle en matière successorale ne soient tenus en échec. C'est en particulier une résurgence du droit d'aînesse qui était à craindre : il eût suffi pour cela que le père puisse léguer tous ses biens, du moins dans la mesure de la quotité disponible, à son fils aîné, avec charge pour lui de conserver et de rendre à son propre fils aîné.

En fait, le décret de 1792 n'était qu'une application particulière de la loi du 5 septembre 1791 qui posait le principe de l'actuel article 900 du Code civil. Mais pourquoi le législateur de 1804, alors

49. - (1) Les articles 945 et 946 ne sont en fait que des applications particulières du principe exprimé à l'article 944.

50. - (1) Sauf dans certaines coutumes, les substitutions étaient permises dans l'Ancien Droit. Cf. le rapport Bigot-Préameneu, FENET, t. XII, p. 516.

qu'il a simplement repris la loi de 1791 pour en faire l'article 900, a-t-il au contraire renversé la solution du décret de 1792 dans l'article 896, sanctionnant les libéralités grevées de substitution par la nullité totale ? Peut-être a-t-il craint que les bénéficiaires, bien que libérés de la charge, ne s'y conforment cependant dans leurs propres dispositions testamentaires, par respect des volontés de leur auteur (2) ? Comme la pratique des substitutions était surtout fréquente dans les dispositions à cause de mort, la sanction la plus efficace était de substituer d'office la dévolution légale à la volonté du défunt. Ainsi était-il certain que, ni directement, ni indirectement, la charge de substitution ne serait exécutée.

Il est possible qu'une sanction aussi rigoureuse ait été, alors, nécessaire pour imposer les principes de la société nouvelle. Mais une telle rigueur nous paraît actuellement excessive. En effet, non seulement la volonté du disposant est méconnue, mais le bénéficiaire de la libéralité est privé de son émolument. Il ne saurait être question de remettre en cause ici le principe de la prohibition des substitutions. Du moins peut-on suggérer un aménagement de sa sanction.

On aurait pu songer à apporter à l'article 896 les mêmes atténuations qu'à l'article 900, ou plutôt qu'à l'article 1172, puisque ce dernier texte et l'article 896 posent le même principe de solution : nullité totale de l'acte. Mais si la jurisprudence a pu aménager la sanction des articles 900 et 1172 en respectant, en apparence du moins, le texte et la logique, une telle échappatoire, quoique souhaitable, ne semble pas exister pour l'article 896 qui est formel : la libéralité est nulle « même à l'égard du donataire... ou du légataire ».

La jurisprudence n'est pas restée insensible aux inconvénients de cet état des choses : chaque fois que cela est possible, elle qualifie la libéralité litigieuse, de façon à en permettre la validation, soit de double legs conditionnel alternatif, soit de simple vœu de la part du disposant, soit de legs « *de residuo* » comportant la charge de rendre mais non celle de conserver, soit encore de legs distincts de la nue-propriété et de l'usufruit, soit enfin de legs simple au profit du bénéficiaire de la substitution en cas de prédécès du grevé (3). Mais lorsque la qualification de substitution véritable est inéluctable, le juge ne peut qu'appliquer l'article 896.

50. - (2) Cf. en ce sens : MERLIN, Répertoire, *v°* Substitution fidéicommissaire, p. 107 ; BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN, Des donations et des testaments, t. II, n° 3181.

(3) La jurisprudence admet, en effet, que le prédécès du grevé purge la libéralité de son vice. Cf. Civ., 12 juin 1968, J.C.P., 1968, n° 15657, note M. D. ; Civ., 22 octobre 1968, D. 1969, p. 3. Sur le plan des principes, cette solution est assez curieuse. Comment un événement fortuit peut-il entraîner rétroactivement la validation d'un acte nul de nullité absolue ?

Pourtant, la nullité de la seule charge de substitution serait, nous semble-t-il, une sanction suffisante. En effet, le rétablissement de coutumes proscrites n'est plus à craindre. Or, le système actuel entraîne de curieuses contradictions. Est-il logique, par exemple, de valider dans son ensemble une libéralité dans laquelle le disposant exprime le désir que les biens donnés reviennent à un tiers, et, au contraire, de priver purement et simplement de son émolument le bénéficiaire de la même libéralité lorsque obligation lui est faite de réaliser cette attribution ? La différence de traitement des deux hypothèses nous paraît disproportionnée. Si l'on voulait obtenir qu'aucune substitution ne se réalise en fait, il faudrait également annuler la libéralité assortie d'un simple désir de substitution. On ne le fait pas : n'est-ce pas la meilleure preuve que ce qui est répréhensible, ce n'est pas le fait que des biens recueillis d'un côté soient intégralement transmis d'un autre, c'est l'obligation de transmettre ces biens ? C'est donc cette obligation qu'il faut supprimer. Toute sanction excédant cette limite apparaît comme arbitraire et injustifiée. Une modification en ce sens de l'article 896 nous semble donc hautement souhaitable.

Mais y aurait-il lieu alors d'annuler impérativement la seule charge de substitution ou faudrait-il tenir compte de l'intention du disposant, en appliquant éventuellement le critère de la cause impulsive et déterminante ? Dans un système juridique fondé, en principe, sur le respect de la volonté des parties, c'est cette dernière solution qui devrait être adoptée. Si donc l'objectif premier du disposant avait été d'assurer la transmission des biens donnés ou légués au tiers désigné, en d'autres termes : si le bénéficiaire de la libéralité originelle ne devait servir que d'intermédiaire, d'instrument de cette transmission, c'est effectivement la libéralité tout entière qui devrait être annulée. Mais il nous semble que cette hypothèse serait l'exception. En effet, ou bien le tiers-bénéficiaire de la charge de substitution est une personne vivante ; dans ce cas, si la transmission à ce tiers avait été, pour le disposant, le but essentiel, il n'aurait pas eu recours à la substitution : il aurait disposé directement en sa faveur, au moins en nue-propriété. Ou bien il s'agit d'une personne future ; est-il concevable que la sollicitude pour une personne future soit si grande qu'on se serve de personnes présentes comme instruments d'une gratification à terme ?

Les cas où la substitution constitue une condition *sine qua non* de la libéralité ne sont peut-être pas des hypothèses d'école. Mais il n'en reste pas moins que normalement le disposant aura voulu avant tout gratifier son donataire ou légataire. Le fait qu'il ait prévu une seconde transmission n'enlève rien à son intention libérale, d'autant plus que la charge imposée n'est pas excessivement lourde pour celui

qui en est grevé : elle se résout essentiellement pour lui en une inaliénabilité. Au contraire, lorsque vraiment le disposant aura eu en vue avant tout la seconde transmission, c'est effectivement la libéralité elle-même qu'il faudra annuler, sinon on ferait un véritable bénéficiaire de celui qui ne devait être qu'un dépositaire (4).

3) La clause pénale.

51. — Si les charges et les conditions nulles — les deux exceptions des articles 944 et 896 mises à part — tombent toutes sous le coup de l'article 900, il est cependant des stipulations accessoires d'actes à titre gratuit — rares, il est vrai — qui ne sont ni des charges, ni des conditions et qui obéissent à des régimes particuliers. Parmi celles-ci, la clause pénale mérite une attention spéciale.

Cette clause se rencontre aussi bien en matière de libéralités que dans les actes à titre onéreux. Dans ces derniers actes, elle joue un rôle essentiellement compensatoire (1), ce qu'exprime l'article 1229 :

> « La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. »

Au contraire, en matière d'actes à titre gratuit, la clause pénale n'a qu'une fonction purement comminatoire, car le bénéficiaire de la libéralité, qui s'est vu imposer une charge, n'engage pas sa responsabilité s'il ne l'exécute pas. Donc, malgré la définition en termes généraux de l'article 1229, la clause pénale ne peut pas être en ce domaine la compensation de dommages-intérêts. Par ailleurs, alors qu'en matière d'actes à titre onéreux la clause pénale prévoit une peine sous forme d'une somme d'argent, en matière de libéralités elle est toujours en termes, soit de déchéance du bénéfice de la libéralité, soit d'exhérédation.

S'agissant du problème de l'étendue de la nullité, la clause pénale donne lieu à des solutions apparemment originales, mais de toute façon complètement étrangères aux principes exposés précédemment. Ainsi, la volonté des parties semble n'avoir ici aucun rôle à jouer : il n'est question ni de cause, ni de condition, ni d'indivisibilité.

52. — En réalité, le problème n'est pas unique. Différentes hypothèses doivent être envisagées séparément. On est obligatoirement en

50. - (4) La substitution peut ne frapper la libéralité que pour partie. Dans ce cas la jurisprudence admet que la nullité ne soit que partielle. Ce problème relève plutôt de l'étude des actes « complexes » et sera évoqué à ce propos-là. Cf. *infra*, n° 146.

51. - (1) Si, en réalité, elle y joue également un rôle comminatoire, cela est dû à l'article 1152 qui contient le principe de la non-réductibilité de la peine stipulée par les parties lorsqu'elle excède le préjudice subi. Mais cet effet n'est qu'accessoire au premier.

présence de trois éléments au moins qu'il importe de bien distinguer : une libéralité, une charge ou obligation qui y est jointe, enfin une clause pénale sanctionnant l'inexécution éventuelle de cette charge ou de cette obligation. En outre, lorsque celle-ci consiste dans le respect des autres dispositions à titre gratuit faites par l'auteur de la première libéralité, il faut ajouter un quatrième élément, car il y a alors au moins deux libéralités, même si elles sont contenues dans un même acte : celle dont le bénéficiaire s'est vu imposer la clause pénale et celle qui doit être respectée par lui (1). Or la nullité peut, le cas échéant, frapper isolément l'un de ces trois ou quatre éléments. Il faut alors se demander quelles seront les répercussions de cette nullité sur les autres éléments. Nous examinerons successivement les quatre hypothèses suivantes : nullité de la libéralité faite à celui auquel la clause pénale est imposée, nullité de la clause elle-même, nullité de la charge, nullité, enfin, de la seconde libéralité, c'est-à-dire de celle dont la clause pénale tend à assurer le respect.

a) *Nullité de la libéralité contenant la charge et la clause pénale.*

53. — Si la nullité affecte la libéralité à laquelle étaient jointes la charge et la clause pénale, il se produit une réaction en chaîne : la charge suit le sort de la libéralité en vertu de la règle « *Accessorium sequitur principale* » et la clause pénale disparaît à son tour en vertu de l'article 1227, al. 1 :

> « La nullité de l'obligation principale (en l'occurrence, la charge) entraîne celle de la clause pénale. »

Cette première hypothèse ne soulève donc aucune difficulté.

b) *Nullité de la clause pénale seule.*

54. — S'agissant de la nullité frappant la clause pénale seule, il y a lieu de distinguer deux problèmes.

En pratique, la clause pénale sanctionne le plus souvent l'obligation de respecter d'autres libéralités faites par l'auteur de celle à

52. - (1) En réalité, les choses se compliquent encore du fait que les deux sortes de libéralités dont il est question sont souvent fondues dans une même et unique opération : le partage d'ascendant, la clause pénale valant, à titre réciproque, pour tous les copartageants. Pourtant, comme il faut toujours, à propos de la clause pénale, envisager le problème par rapport au contrevenant, c'est-à-dire par rapport à celui qui n'a pas respecté la clause et qui en réclame la nullité, on peut sans difficultés maintenir cette dualité : il y a d'une part ce qu'a reçu le contrevenant et, d'autre part, ce qu'ont reçu les autres, sans qu'il soit besoin de distinguer selon qu'il y a un ou plusieurs autres. La réciprocité ne joue aucun rôle en cas de litige.

laquelle est jointe la clause pénale. A ce propos, on s'est demandé si celle-ci n'était pas nulle dans son principe même, en d'autres termes : si le droit de faire vérifier en justice la validité d'une libéralité n'était pas d'ordre public. C'est ce qu'avait pensé la Cour de Paris, en déclarant dans un arrêt du 25 janvier 1841 :

> « que tout citoyen a le droit de recourir à la justice pour obtenir la réformation d'un acte qui peut lui porter préjudice ; que ce droit est d'ordre public... »

Mais son arrêt fut cassé par la Cour suprême (1) : dès lors que les dispositions que la clause pénale tendait à protéger s'avéraient valables, la clause pénale l'était également (2). Telle est encore la position constante de la jurisprudence (3). Une telle sévérité est-elle justifiée ? On peut ne pas le penser. Les conséquences en sont assez surprenantes. Ainsi, l'héritier réservataire qui croira que sa réserve est atteinte et qui entamera une procédure afin de faire vérifier ce soupçon, subira l'effet de la clause pénale si l'expertise — quelque compliquée qu'elle ait été — révèle que sa réserve était en réalité intacte (4). De même, un héritier-légataire à titre particulier, qui soupçonnera que le legs universel qui le dépouille partiellement a été obtenu par suggestion ou captation et qui ne parviendra pas à en rapporter une preuve suffisante, encourra la clause pénale le privant de son legs. Le résultat n'en sera-t-il pas que de nombreuses libéralités irrégulières seront préservées et exécutées parce que les héritiers lésés, démunis de preuves formelles et irréfutables, préféreront garder le peu qu'ils ont reçu comme prix de leur silence, par l'effet d'une libéralité assortie d'une clause pénale, plutôt que de réclamer leur dû en courant le risque de perdre tout (5).

54. - (1) Civ., 22 décembre 1845, D.P., 1846.I.5.

(2) Ce qui ne signifie pas, du moins dans le système jurisprudentiel actuel, que chaque fois que la libéralité protégée est nulle la clause pénale le soit aussi. Cf. *infra*, n° 56.

(3) Cf. par ex. : Req., 29 juin 1910, S. 1913.I.33, note HUGUENEY, D.P., 1911.I.49, note CAPITANT ; et, plus récemment, deux arrêts qui ont fait encourir la clause pénale au demandeur simplement parce qu'il n'était pas établi que la libéralité litigieuse portait atteinte à la réserve : Civ., 24 octobre 1960, Bull., 1960, n° 455, p. 371 ; Civ., 13 mai 1964, Bull., 1964, n° 253, p. 196.

(4) Cf. les références citées dans la note précédente.

(5) Deux autres solutions seraient concevables. On pourrait songer, d'abord, à distinguer selon les actions engagées, c'est-à-dire à ne pas appliquer la clause pénale de façon systématique. N'encourrait pas la clause pénale, par exemple, celui pour la détermination des droits duquel une expertise plus ou moins longue et délicate a été nécessaire ou qui est débouté pour insuffisance de preuve (cf. en ce sens une note anonyme sous Civ., 22 décembre 1845, précité, D.P., 1846.I.5). Ce système laisserait un large pouvoir d'appréciation au juge qui serait chargé d'opérer la distinction entre les actions téméraires et celles qui ne le sont pas. La seconde solution serait celle adoptée par la Cour de Paris (cf. l'attendu cité plus

Mais si la clause pénale, selon une jurisprudence constante, n'est pas nulle dans son principe même lorsqu'elle ne sanctionne que l'obligation de respecter d'autres libéralités, cela ne signifie nullement qu'elle ne puisse être atteinte isolément d'un vice quelconque. Le cas ne s'est pas, à notre connaissance, présenté en jurisprudence. Il est cependant tout à fait plausible. Il suffit d'imaginer, par exemple, un testateur qui, après avoir fait un testament olographe avec charge, y ajoute une clause pénale dactylographiée ou non signée. Celle-ci serait nulle pour vice de forme. On pourrait encore penser au cas d'un disposant qui priverait de toute part dans sa succession un héritier réservataire, s'il n'exécutait pas une charge donnée. En fait, il nous semble que cette clause pénale, portant atteinte à la réserve, ne serait pas entièrement nulle : son effet serait simplement réduit à la quotité disponible. Toujours est-il que si une clause pénale était nulle, incontestablement sa nullité n'entraînerait pas celle de la libéralité elle-même, ni celle de la charge. Telle est d'ailleurs la règle édictée par l'article 1227, al. 2 du Code civil. La seule conséquence de cette nullité de la clause pénale serait que la sanction légale de l'inexécution de la charge se substituerait à la sanction prévue par le disposant.

c) *Nullité de la charge que sanctionne la clause pénale.*

55. — L'hypothèse dans laquelle le vice anéantit la charge que la clause pénale tendait à faire respecter est plus délicate, en ce sens que deux situations doivent être très nettement distinguées (1).

Il peut s'agir, tout d'abord, d'une véritable charge, au sens d'obligation autonome imposée au bénéficiaire de la libéralité (2). Tel est toujours le cas lorsqu'il n'y a que trois éléments en présence. c'est-à-dire lorsque n'intervient pas une seconde libéralité. Si cette charge

haut), qui reconnaissait le droit de recourir à la justice pour faire vérifier si l'on n'est pas injustement lésé par une libéralité comme un droit d'ordre public. Cela reviendrait à annuler dans son principe même la clause pénale sanctionnant l'obligation de ne pas contester une libéralité. Un tel système aurait cependant l'inconvénient de ne tenir aucun compte de la volonté du disposant et de ne pas punir les auteurs d'actions téméraires purement dilatoires ou vexatoires. En définitive, la solution la moins mauvaise et la plus équitable serait celle, nous semble-t-il, qui permettrait au juge d'apprécier si, du fait de la contestation, la clause pénale doit être encourue ou non.

55. - (1) En ce qui concerne la répercussion de la nullité de la charge sur la libéralité elle-même, il y a lieu d'appliquer les règles habituelles, c'est-à-dire l'article 900.

(2) Cf. pour une charge se résolvant en une interdiction faite aux cohéritiers de contester la légitimité de l'un d'entre eux : Lyon, 3 juillet 1823, S. 1822-1824.II.237 ; pour une charge imposant aux héritiers l'obligation de se mettre d'accord pour sortir de l'indivision : Paris, 20 janvier 1937, D.P., 1938.II.70 ; pour une charge tendant à obliger les héritiers à payer une somme importante avant l'expiration du délai de 3 mois et 40 jours pour faire inventaire et délibérer : Req., 1er juin 1942, D.C., 1943, p. 60.

est nulle, la clause pénale le sera également. Une fois de plus, il faut appliquer l'article 1227, al. 1er précité. La solution est d'ailleurs tout à fait logique. On ne conçoit pas qu'une sanction soit encourue lorsque l'exécution de l'obligation sanctionnée est impossible, illicite ou immorale. Telle est effectivement la solution adoptée par la jurisprudence. Mais en réalité ce cas est relativement rare (3). En effet, l'inexécution des charges est sanctionnée légalement par la révocation. Lorsque le disposant tient à renforcer cette sanction, il a recours plutôt à la clause résolutoire expresse qu'à une clause pénale. Cette dernière n'est utilisée que lorsque la sanction de l'inexécution doit être particulièrement énergique.

Au contraire, les hypothèses dans lesquelles la clause pénale ne sanctionne que l'obligation de respecter les autres dispositions faites par l'auteur de la libéralité sont beaucoup plus fréquentes (4). Cela s'explique par le fait que dans ce cas, à l'inverse du précédent, il n'y a pas de sanction légale prévue : un héritier ou un légataire universel ne perd pas ses droits lorsqu'il attaque une libéralité faite à un autre héritier ou à un tiers. La clause pénale présente donc ici une utilité beaucoup plus évidente. Ce sont aussi ces hypothèses qui posent les problèmes les plus délicats. Pourtant, intrinsèquement, cette charge de respecter d'autres libéralités n'est jamais nulle. Elle ne l'est que si ces autres libéralités sont elles-mêmes nulles. C'est donc dans le cadre de l'examen de la quatrième hypothèse annoncée : celle de la nullité des autres libéralités faites par le disposant, qu'il y a lieu d'étudier les particularités du rôle de cette charge.

55. - (3) Cf. les quelques références citées en note 2 ci-dessus.

(4) La jurisprudence fournit des exemples de clauses pénales tendant à assurer l'exécution de libéralités atteintes des vices les plus divers :

a) incapacité de recevoir du donataire : Req., 14 décembre 1825, S. 1825-1827.I.237 ; Paris, 1er décembre 1892, D.P., 1893.II.196.

b) libéralités grevées de substitution prohibée : Civ., 30 juillet 1827, S. 1825-1827.I.653 ; Bordeaux, 30 juillet 1832, S. 1833.II.154 ; Nancy, 9 décembre 1871, D.P., 1872.II.164.

c) libéralités nulles pour suggestion ou captation : Req., 27 mars 1855, D. 1855.I.257.

d) libéralités nulles pour vice de forme : Civ., 18 janvier 1858 (motifs), D. 1858.I.24.

e) partages d'ascendant lésionnaires : Paris, 22 mai 1896, sous Civ., 30 mars 1898, D.P., 1899.I.23 ; Civ., 22 juillet 1874 (motifs), D.P., 1875.I.453, S. 1874.I.479 ; Lyon, 6 mai 1952 (motifs), J.C.P., 1953, n° 7760, note Voirin, D. 1953, p. 169, note Gervésie et Chavrier ; Civ., 13 juin 1966, D. 1967, p. 77, note Voirin.

f) legs de la chose d'autrui : Civ., 25 février 1925, D.P., 1925.I.185, note Savatier ; Civ., 17 janvier 1934, D.H. 1934, p. 125, G.P., 1934.I.610 ; Civ., 9 octobre 1961, Bull., 1961.I, n° 442, p. 349. V° aussi les nombreuses références plus anciennes citées par Bartin, *op. cit.*, p. 227, note 1.

g) partages d'ascendant nuls pour inégalité des lots : Poitiers, 20 février 1861, D.P., 1861.II.93 ; Req., 26 juin 1882, D.P., 1883.I.70 ; Civ., 11 juillet 1883, D.P., 1883.I.444.

d) *Nullité de la libéralité dont la clause pénale tendait à assurer l'exécution.*

56. — Il nous reste donc à examiner la dernière hypothèse : celle dans laquelle la nullité affecte la ou les libéralités que la clause pénale tendait à faire respecter. De prime abord, la solution paraîtrait devoir être assez simple. Une nouvelle réaction en chaîne devrait logiquement se produire : si la tierce-libéralité est nulle, l'obligation de la respecter l'est aussi et, par suite, la clause pénale sanctionnant cette obligation subit le même sort. La réalité jurisprudentielle est cependant beaucoup moins simple.

Le système mis au point par les tribunaux est assez original. Ils annulent la clause pénale si elle tend à assurer l'exécution de dispositions portant atteinte à des intérêts d'ordre public. Ainsi, les clauses pénales sont nulles lorsque les libéralités en question entament la réserve, sont grevées de substitution prohibée, sont nulles pour suggestion ou captation ou pour vice de forme... (1). Si, au contraire, ces libéralités ne lèsent que des intérêts privés, la clause pénale est jugée valable. Tel est le cas lorsque ces libéralités portent sur la chose d'autrui ou constituent des partages d'ascendant lésionnaires ou nuls pour inégalité des lots (2) (3).

h) surtout : libéralités portant atteinte à la réserve. C'est l'hypothèse de loin la plus fréquente : Civ., 14 mars 1866, D.P., 1866.I.173 ; S. 1866.I.353 ; Civ., 9 décembre 1862, D.P., 1863.I.36 ; Paris, 23 décembre 1874, D.P., 1876.II.83 ; Civ., 22 juillet 1874, D.P., 1875.I.453, S. 1874.I.479 ; Req., 6 mai 1878, D.P., 1880.I.345, S. 1878.I.319 ; Paris, 14 novembre 1894, D.P., 1895.II.115 ; Req., 29 juin 1910, S. 1913.I.33, note Hugueney ; Douai 22 août 1931, S. 1932.II.75, note Demogue ; Civ., 11 mars 1952, Bull., 1952.I, n° 102, p. 84 ; Civ. 1er décembre 1959, Bull. 1959.I., n° 509, p. 420 ; Civ., 17 juillet 1963, J.C.P., 1964, n° 13814, note Voirin.

56. - (1) Cf. les références citées *supra*, en note 4 n° 55, sous les lettres *a*, *b*, *c*, *d* et *h*.

(2) Cf. les références citées *supra*, en note 4 n° 55, sous les lettres *e*, *f* et *g*. S'agissant de la donation-partage, un certain nombre d'auteurs et d'arrêts estiment, cependant, que la clause pénale est toujours nulle, même si la donation-partage est seulement lésionnaire : cf. Lyon, 6 mai 1952, J.C.P., 1953. n° 7760 et la note Voirin : Civ., 3 novembre 1964, J.C.P., 1965, n° 14156 et la note P. Lagarde ; T.G.I. Laval, 25 mai 1965, G.P., 1965.II.304, J.C.P., 1966, n°14650, note Voirin. Cette déduction est logique dans le cadre du système jurisprudentiel qui distingue les nullités pour atteinte à des intérêts d'ordre public et les nullités pour atteinte à des intérêts privés. Car si l'élément-partage est effectivement reconnu lésionnaire, donc nul, l'attribution de la quotité disponible en vertu de la clause pénale constitue un pacte sur succession future prohibé ou, en tout cas, une donation entre vifs de biens à venir nulle en vertu de l'article 943 C. civ. Mais nous contestons cette analyse : cf. *infra*, n° 57.

(3) Sur cette distinction entre les cas où la clause est valable ou nulle, cf. Buffelan-Lanore, L'autonomie de la volonté en matière d'exhérédation, R.T.D.Civ., 1966, pp. 456 s., plus particulièrement pp. 473-479.

Cette deuxième catégorie de décisions, dont la solution est *a priori* curieuse, mérite que l'on s'y arrête. Comment une clause pénale tendant à assurer l'exécution d'une disposition nulle peut-elle être valable ? Est-il admissible qu'un disposant, auteur d'une telle libéralité, puisse contraindre ses héritiers, légataires ou donataires, à la respecter au moyen d'une simple clause pénale, lorsque la nullité ne touche qu'à des intérêts privés ? La jurisprudence elle-même n'a guère donné d'explications à ce sujet, ce qui est pour le moins regrettable. Mais quelques auteurs ont essayé de trouver ces explications (4).

Bartin s'est attaqué à ce problème dans le cadre de son étude consacrée aux conditions. S'agissant du partage d'ascendant lésionnaire ou composé de lots inégaux, il considère la clause pénale comme valable parce que, dans la mesure où le partage est inégal, le partageant s'est fait disposant. On ne peut lui refuser de réaliser indirectement ce qu'il aurait pu faire directement (5). S'agissant du legs de la chose d'autrui, c'est la même idée qu'on retrouve. Il est admis qu'un tel legs est possible sous la forme d'une charge imposée à un légataire. C'est dans une situation analogue que l'on se trouve ici. La clause pénale...

> « ... transforme le legs principal et direct de la chose d'autrui... en un legs différent et valable, puisqu'il a pour objet une abstention de l'héritier (?). La clause pénale a donc ici la vertu singulière d'effacer, à elle seule, le vice d'une disposition principale... Cela tient à la transformation qu'elle lui fait subir » (6).

M. Savatier professe à peu de chose près les mêmes idées : partant du fait que le legs de la chose d'autrui est valable sous la forme d'une charge, il admet que la clause pénale est simplement une forme particulière du même procédé. Il considère ainsi la clause pénale comme un remède heureux à deux interdictions souvent fâcheuses pour les disposants : l'interdiction des testaments conjonctifs et l'impossibilité pour le conjoint survivant de comprendre, dans le partage qu'il entend opérer, les biens du prédécédé.

Ces explications quelque peu embarrassées nous paraissent approcher de près la véritable solution, sans toutefois l'atteindre complètement. Quant à la jurisprudence, elle a, une fois de plus, senti la nécessité d'une solution sans arriver à en fournir une justification satisfaisante. Cela est particulièrement net ici : en réalité, elle a procédé par simple affirmation, posant comme critère l'atteinte à des intérêts d'ordre public ou, au contraire, à des intérêts privés, sans fournir aucune explication concernant les raisons de cette distinction.

56. - (4) Cf. BARTIN, *op. cit.*, pp. 203 ss. ; SAVATIER, note au D.P., 1925.I.185, sous l'arrêt précité de la Chambre civile du 25 février 1925.
(5) *Op. cit.*, p. 235 *in fine* et 236.
(6) *Op. cit.*, p. 227.

Ce critère ne présente-t-il pas toutes les caractéristiques d'une justification *a posteriori ?* Bartin déjà en relevait l'« inanité » (7). Comment distinguer, en effet, ce qui est d'intérêt privé de ce qui est d'intérêt public (8) ? Ainsi, une suggestion ou une captation de testament porte-t-elle atteinte à des intérêts d'ordre public. Cela semble difficilement soutenable. Jamais il n'a été question d'admettre dans ce cas la validité de la clause pénale. Aussi rejetons-nous ce critère.

57. — Il nous semble que le point de départ de la véritable explication se trouve dans la constatation suivante, apparemment tout à fait évidente : il n'est pas, en matière de libéralités, de clause pénale sans une charge dont elle tend à assurer l'exécution. Toutes les difficultés viennent précisément du fait que les tribunaux et les auteurs ont confronté directement la libéralité litigieuse et la clause pénale, sans prendre en considération le maillon intermédiaire, la charge, dont le rôle nous paraît déterminant. Dans ces conditions, leurs explications ne pouvaient être que partielles. D'ailleurs, M. Savatier comme Bartin ont, en quelque sorte, réinventé l'idée de charge pour leur argumentation. C'était, bien sûr, inutile puisque cette charge existait : il suffisait de la découvrir. Appliquons maintenant cette idée aux cas soumis aux tribunaux, plus précisément à ceux dans lesquels ils ont admis la validité de la clause pénale, tout en considérant comme nulle la libéralité dont elle tendait à assurer l'exécution, sous prétexte qu'elle ne portait atteinte qu'à des intérêts d'ordre privé.

En cas de partage d'ascendant avec clause pénale sanctionnant par l'exhérédation l'action en rescision pour lésion ou en nullité pour inégalité des lots, la clause pénale sanctionne non pas la donation-partage ou le testament-partage, mais la charge de respecter l'acte tel qu'il est. Tout le problème est donc de savoir non pas si la clause pénale est valable, ni si le partage d'ascendant est atteint de tel ou tel vice, mais seulement si cette charge est valable. Or, le disposant a le droit d'attribuer la quotité disponible, par préciput et hors part, à qui il veut, et notamment à l'un quelconque des copartageants dans le cadre d'un partage d'ascendant. N'est-ce pas exactement ce qu'il fait lorsqu'il répartit inégalement ses biens entre ses héritiers avec la volonté délibérée que le partage soit inégal ? Et la clause pénale est-elle autre chose que l'expression de cette volonté délibérée ? Un tel partage d'ascendant, assorti de libéralités préciputaires, étant valable, la charge de le respecter l'est évidemment aussi. Finalement, la principale fonction de la clause pénale dans un tel acte, c'est qu'elle indique avec certitude la présence de libéralités préciputaires. Elle per-

56. - (7) *Op. cit.*, p. 238.
(8) Cf., pour cette difficulté, BARTIN, *op. cit.*, p. 205, et BUFFELAN-LANORE, article précité à la R.T.D.Civ., 1966, pp. 456 s.

met de réaliser implicitement de telles libéralités. Les conclusions logiques qu'il faut tirer de cette constatation sont les suivantes : ces libéralités préciputaires sont valables dans la mesure où elles ne portent pas atteinte à la réserve ; la charge de les respecter est elle-même valable dans cette mesure ; enfin, la clause pénale suit le sort de la charge qu'elle sanctionne, conformément à la règle de l'article 1227, al. 1er du Code civil (1).

En cas de legs de la chose d'autrui avec clause pénale sanctionnant sa contestation, le raisonnement à suivre est exactement le même. On ne peut pas disposer de la chose d'autrui : ce principe est indiscutable, et la présence d'une clause pénale n'est pas suffisante pour le faire céder. Mais il est admis qu'on peut imposer au bénéficiaire d'une libéralité la charge de transmettre à un tiers un bien appartenant à lui-même ou à une personne quelconque. Et on peut assortir cette charge, en guise de garantie supplémentaire d'exécution, d'une clause pénale sanctionnant l'inexécution par la déchéance de la libéralité ou, mieux encore, par la privation de toute part dans la quotité disponible. Il faut bien remarquer que la clause pénale n'ajoute absolument rien au problème fondamental, qui réside uniquement dans la validité de la charge. Il n'est donc pas exact de dire, comme Bartin, que la clause pénale transforme un legs nul en legs valable (2). Le seul pro-

57. - (1) Il résulte de cette analyse qu'un partage d'ascendant avec clause pénale ne peut JAMAIS être lésionnaire. Nous n'en voulons pour preuve qu'un arrêt de la Cour suprême (Civ., 13 juin 1966, D. 1967, p. 77, note VOIRIN) qui déclare très justement l'action en rescision irrecevable. En l'espèce, l'auteur de la donation-partage stipulait expressément que dans la mesure où l'un des enfants est avantagé, l'excédent constitue une donation préciputaire. Et il assortissait cette disposition d'une clause pénale. Mais s'il n'y avait eu que cette seule clause pénale, la solution aurait incontestablement dû être la même, puisque cette clause implique précisément attribution préciputaire en cas d'inégalité. La jurisprudence qui annule la clause pénale dans les donations-partages lésionnaires (cf. *supra*, note 2 n° 56) nous paraît donc totalement injustifiée et en contradiction flagrante avec l'arrêt précité du 13 juin 1966. Mais si la clause pénale met ainsi le partage d'ascendant à l'abri de l'action en rescision pour lésion ou pour inégalité des lots, quel sera l'effet de cette clause à l'égard du contrevenant ? En cas de testament-partage, il n'y a guère de difficultés : la clause pénale vaut exhérédation de toute part dans la quotité disponible ; celui qui en est frappé doit restituer, le cas échéant, le trop-perçu. Mais on ne peut pas parler d'exhérédation en cas de donation-partage, acte entre vifs. Pourtant, cette clause pénale n'en sera pas pour autant nulle comme constituant un pacte sur succession future ou une donation entre vifs de biens à venir, comme le pense une partie de la jurisprudence et des auteurs (cf. *supra*, note 2 n° 56). Elle doit être analysée, nous semble-t-il, en une condition résolutoire de l'élément-donation, dans la mesure où le contrevenant aura reçu plus que sa part de réserve, avec attribution aux autres copartageants de ce que ce dernier devra restituer. Ce système nous paraît satisfaire au mieux la logique, l'équité et les intentions du disposant.

(2) Cf. *supra*, n° 56, la citation et la note 6.

blème sera de savoir si l'on peut analyser la disposition de la chose d'autrui comme une charge. Dans cette mesure elle sera valable. Or, lorsqu'il y a une clause pénale, il y a nécessairement une telle charge, puisque par hypothèse cette clause a pour objet d'assurer l'exécution de l'obligation de respecter les dispositions du testateur. La seule difficulté tient à une particularité purement formelle : au lieu que la disposition de la chose d'autrui soit directement contenue dans une charge : « je vous donne ou lègue tels biens à charge de transmettre tel autre bien à un tiers », il y a deux dispositions distinctes : « je vous donne ou lègue tels biens à charge de respecter telle autre disposition que j'ai faite en faveur d'un tiers, et j'assortis cette charge d'une clause pénale ». Le résultat est exactement le même. Il y a donc simplement un problème de qualification de la disposition.

Si l'on se reporte maintenant aux explications de M. Savatier et de Bartin, on constate qu'elles sont assez proches des nôtres, sauf qu'ils considèrent, comme la jurisprudence, que le partage d'ascendant apparemment lésionnaire ou le legs de la chose d'autrui est au départ nul, alors que la présence d'une clause pénale et de la charge qu'elle contient nécessairement révèlent, au contraire, que ce partage d'ascendant ou ce legs de la chose d'autrui est en réalité valable. Ces auteurs, ainsi que les tribunaux, tout en sentant intuitivement la nécessité de valider la clause pénale dans ces hypothèses, n'ont pas découvert la véritable explication. Celle-ci réside dans le rôle capital de la charge, sans laquelle la clause pénale n'a pas de sens.

A contrario, lorsque des intérêts d'ordre public sont en cause, selon l'expression des auteurs et de la jurisprudence, on constate tout simplement que la charge sanctionnée par la clause pénale est nulle, pour la bonne raison que la libéralité elle-même est nulle, totalement ou partiellement. La charge de respecter une libéralité nulle est toujours nulle. Nous avons suffisamment démontré, nous semble-t-il, que dans les prétendues exceptions à cette règle la libéralité était en fait valable.

58. — En définitive, et malgré les apparences, c'est effectivement la réaction en chaîne évoquée précédemment qui doit se produire. Si la libéralité dont la clause pénale tend à assurer l'exécution est nulle, la charge de la respecter l'est NÉCESSAIREMENT aussi et la clause pénale suit toujours le sort de cette charge en vertu de l'article 1227, al. 1er. On ne peut donc admettre simultanément, comme la jurisprudence, que cette libéralité peut être nulle et la clause pénale valable. L'erreur vient de ce que l'on a examiné isolément la validité de la tierce-libéralité et celle de la clause pénale, alors que tout dépend, en réalité, de la validité du maillon intermédiaire, dont le rôle a totalement passé inaperçu. C'est de la combinaison de la tierce-libéra-

lité et de la charge qu'implique toute clause pénale que résulte la validité de l'ensemble de l'opération réalisée par le disposant.

Une dernière critique du système jurisprudentiel, tenant à l'application des textes, résulte de ces observations. D'après le critère des tribunaux, la clause pénale est nulle en cas d'atteinte à des intérêts d'ordre public. De très nombreux arrêts la réputent alors non écrite en vertu de l'article 900. Le recours à ce texte nous paraît erroné. En réalité, ce qui est nul, c'est la charge. La nullité de la clause pénale n'en est qu'une conséquence.

En résumé, l'étendue de la nullité doit être déterminée en fonction des règles suivantes :

— La répercussion de la nullité de la première libéralité sur la charge qui y est incluse est évidente : « *Accessorium sequitur principale* » ; quant à l'effet inverse de la nullité de la charge sur la libéralité qui la contient, il est déterminé par l'application de l'article 900, selon les règles habituelles.

— La répercussion de la nullité de la seconde libéralité sur la charge de la respecter est tout aussi évidente : l'obligation de respecter un acte nul est toujours nulle. Cependant, l'existence même d'une telle charge peut, dans certaines circonstances, révéler que la libéralité en question est en réalité valable.

— Enfin, la répercussion de la nullité de la charge sur la clause pénale et, inversement, de la clause pénale sur la charge est fonction, respectivement, des alinéas 1 et 2 de l'article 1227 du Code civil.

Mais il ne peut en aucun cas être établi un rapport direct entre l'une des libéralités et la clause pénale. *A fortiori*, l'article 900 est-il étranger à ce rapport.

4) La clause révocatoire.

59. — Lorsqu'un testateur fait successivement deux ou plusieurs testaments portant sur les mêmes biens, il prend soin, généralement, de révoquer ses dispositions antérieures par une stipulation expresse : la clause révocatoire (1). Que se passe-t-il si le dernier testament est nul ? Va-t-on mettre en œuvre la dévolution successorale légale ou ressusciter, en quelque sorte, les dispositions qui avaient été révoquées ? Il est extrêmement délicat de répondre à cette question. En réalité, elle ne se pose pas chaque fois que le dernier testament est nul. Ainsi, lorsque celui-ci disparaît pour incapacité du testateur ou pour captation, le vice détruit l'acte dans son intégralité, y compris la clause révocatoire. Tout se passe alors comme s'il n'y avait eu ni révocation, ni

59. - (1) Pour ce qui est du problème voisin de l'effet révocatoire d'un testament nul, en l'absence de clause expresse, cf. *supra*, n°s 16 et 19.

second testament. Mais il se peut que le vice n'atteigne l'acte que dans ses dispositions testamentaires proprement dites, laissant intacte la clause révocatoire. Il en sera ainsi, par exemple, lorsque la cause de nullité réside dans la désignation du bénéficiaire du testament, notamment dans le cas où celui-ci est une personne incertaine ou incapable de recevoir. La clause révocatoire va-t-elle alors subsister et produire ses effets ?

La jurisprudence distingue très nettement deux hypothèses. Lorsqu'un testament authentique est nul pour vice de forme, elle annule l'acte tout entier, y compris la clause révocatoire. Cette solution est aussi constante qu'ancienne (2). Au contraire, lorsqu'un testament, qu'il soit, cette fois, olographe ou authentique, est nul pour une autre raison, la clause révocatoire ne subit pas automatiquement le même sort. Cette solution résulte de l'article 1037 du Code civil qui prévoit le cas particulier de l'incapacité du légataire et stipule que la clause révocatoire aura tout son effet. En fait, la jurisprudence tempère cette règle et ne laisse subsister la clause de révocation que si cela lui paraît conforme aux intentions du testateur. Les juges du fait apprécient souverainement si le testateur a entendu ou non subordonner la révocation à l'efficacité du second testament (3).

60. — Le système jurisprudentiel nous paraît parfaitement justifié en ce qui concerne la deuxième hypothèse : il n'est que normal qu'on tienne compte de l'intention du disposant. Par conséquent, si son intention première a été d'avantager le nouveau légataire et s'il n'a révoqué le précédent testament que pour pouvoir en faire un autre, il faut admettre que la nullité de ce dernier entraînera celle de la clause révocatoire, dont l'effet était, aux yeux du disposant, subordonné à l'efficacité du second testament. Si, en revanche, il a voulu avant tout anéantir le testament antérieur, dépouiller ses précédents légataires qui ont cessé de lui plaire, et s'il n'a fait un nouveau testament que pour régler le sort de ses biens, il faut maintenir la clause révocatoire. En d'autres termes : il faudra annuler ou laisser subsister la clause en question selon quelle aura été pour le testateur un accessoire nécessaire du second testament ou son objectif principal (1).

59. - (2) Cf. Req., 10 avril 1855, D. 1855.I.145 et S. 1855.I.321, note Devilleneuve : Req., 29 janvier 1908 (motifs), D.P., 1911.I.61 et S. 1911.I.502. V° également Piedelièvre, *op. cit.*, pp. 176 ss. et les références citées.

(3) Cf. Req., 5 juillet 1858, D.P., 1858.I.385, S. 1858.I.577 ; Req., 10 juillet 1860, D.P., 1860.I.454, S. 1860.I.708 ; Civ., 17 novembre 1880, D.P., 1881.I.180, S. 1881.I.249 ; T.C. Chambéry, 17 mars 1953, G.P., 1953.II.38 ; T.C. Seine, 1er février 1956, J.C.P., 1956.IV., p. 83.

60. - (1) On constatera que ce critère se rapproche ainsi curieusement de la règle jurisprudentielle relative à l'application de l'article 900, c'est-à-dire de la notion de cause impulsive et déterminante.

Alors qu'*a priori* on pouvait croire que, dans ce cas, exceptionnellement, la nullité partielle frappait le principal et laissait subsister l'accessoire (2), on arrive à la conclusion que, bien au contraire, la clause révocatoire ne subsiste que si précisément elle est, sur le plan subjectif, l'élément principal de l'acte.

S'agissant maintenant de la première hypothèse, concernant le testament authentique nul pour vice de forme, la solution de la jurisprudence, qui annule systématiquement l'acte tout entier, nous paraît contestable. Cependant, depuis une réforme législative de 1950 (3), la critique de cette jurisprudence, si elle reste pertinente, ne présente plus qu'un intérêt historique. Le point de départ de cette critique réside dans le fait que la loi n'exigeait pas les mêmes formalités pour un acte notarié de révocation (4) que pour le testament authentique lui-même (5), entouré de solennités particulières. Or la jurisprudence n'admettait pas que, dans le cas d'un testament authentique nul pour vice de forme, la clause révocatoire soit maintenue, même si l'acte remplissait les conditions requises pour un acte notarié de révocation. On a cherché à justifier cette solution par un prétendu lien entre la volonté de tester et celle de révoquer : la clause révocatoire ne serait que la conséquence du nouveau testament ; si la cause disparaît, la conséquence ne peut que subir le même sort. L'ensemble est, selon cette opinion (6), indivisible. Il est évident que, si cet argument avait quelque valeur, il faudrait y recourir également dans l'hypothèse du testament nul pour une autre raison que pour un vice de forme. Il y avait donc incontestablement dans cette jurisprudence un illogisme, sinon une contradiction (7). Il eût fallu maintenir, en principe, la clause révocatoire lorsque l'acte testamentaire nul remplissait encore les conditions exigées pour valoir comme acte notarié de révocation, en atténuant cette solution arbitraire par le critère de la conformité aux intentions de l'auteur du testament.

60. - (2) Cf. *supra*, n° 16.

(3) Loi du 8 décembre 1950 modifiant, entre autres textes, l'article 971 du Code civil.

(4) Loi du 25 ventôse an XI relative aux actes notariés et au notariat, article 9, modifié par une loi du 12 août 1902. (La loi du 28 décembre 1966 n'a pas modifié l'article 9 en question en ce qui concerne les testaments.)

(5) Article 971 ancien du Code civil.

(6) Cf. sur ce problème PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, pp. 177 ss., et les références citées.

(7) Ainsi un arrêt de la Ch. des req. du 1er juin 1870 (D.P., 1871.I.110) a admis, comme acte notarié révocatoire valable, un testament authentique nul, mais remplissant les conditions requises pour un acte révocatoire, parce qu'en fait il ne contenait pas de disposition testamentaire nouvelle, mais seulement la révocation du précédent testament. Si la moindre disposition nouvelle y avait pris place, le tout aurait été annulé !

Mais ce problème semble ne plus pouvoir se poser depuis que la loi du 8 décembre 1950 a assoupli les conditions de forme exigées pour la validité du testament authentique. En fait, ce sont maintenant les mêmes formalités qui doivent être observées pour le testament authentique et pour l'acte notarié de révocation (8). Un testament authentique nul pour vice de forme ne pourra donc plus, de toute façon, valoir comme acte notarié de révocation.

On aurait pu se demander, cependant, si la clause révocatoire ainsi contenue dans un testament authentique vicié en la forme, ne pourrait pas valoir comme acte révocatoire sous seing privé, étant donné que dans d'autres circonstances on admet qu'un testament nul vaut révocation des dispositions antérieures, en l'absence de toute stipulation expresse. Ici du moins on aurait eu une clause explicite et claire. Aucun obstacle logique ne s'oppose à un tel raisonnement, qui serait, bien sûr, atténué grâce au critère fondé sur l'intention du testateur. Pourtant, un texte formel semble exclure cette possibilité : l'article 1035 du Code civil, qui dispose :

> « Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires portant déclaration du changement de volonté. »

Finalement, le système jurisprudentiel relatif à la clause révocatoire n'est pas à l'abri de toute critique, même si l'une des objections n'a plus de raison d'être. Il y aurait autant de raisons de maintenir la clause révocatoire en cas de testament authentique nul pour vice de forme qu'en cas de testament olographe nul pour incapacité du bénéficiaire, sans parler de l'effet révocatoire qui subsiste parfois en l'absence de clause expresse. L'article 1035 ne constituerait pas un obstacle insurmontable : si on voulait l'appliquer à la lettre, la clause révocatoire ne pourrait jamais être maintenue, en cas de nullité du testament qui la contient, quelle que soit la cause de cette nullité. L'article 1037, qui prévoit une exception à l'article 1035, n'étant de toute façon pas interprété restrictivement, il faudrait en tirer une règle générale : la clause révocatoire devrait produire effet chaque fois que cela serait conforme aux intentions du testateur.

5) La clause d'exhérédation.

61. — La clause d'exhérédation permet à chacun de déshériter ses successibles, dans la mesure de la quotité disponible. Deux situations doivent cependant être distinguées : l'« exhérédation-institution » et l'« exhérédation-exclusion » (1). La première est réalisée dans le but

60. - (8) Comparer l'article 791 nouveau et l'article 9 précité de la loi du 25 ventôse an XI.

61. - (1) Cf. Buffelan-Lanore, L'autonomie de la volonté en matière d'exhérédation, R.T.D.Civ., 1966, pp. 456 ss.

d'avantager quelqu'un. Une telle exhérédation est toujours valable. Le seul problème qui puisse se poser concerne son sort en cas de nullité de l'institution du bénéficiaire qu'on a voulu avantager. Comme le dit un auteur :

> « ... L'exhérédation est valable isolément ; mais s'il est rapporté que la cause impulsive et déterminante de l'exhérédation est une institution, la nullité de cette dernière entraîne la nullité de l'exhérédation » (2).

L'« exhérédation-exclusion », à l'inverse de la précédente, est purement négative ; elle se contente d'exclure, sans régler le sort de la succession. Un courant doctrinal et jurisprudentiel avait, au siècle dernier, rejeté la possibilité d'une telle exhérédation (3). Mais cette opinion n'a pas prévalu. L'exhérédation sans institution, qu'elle soit isolée ou qu'elle accompagne des legs particuliers, est valable en principe (4). Mais un autre problème se pose alors : quelle est la portée de cette exhérédation, en particulier en ce qui concerne l'Etat ? Si le droit de l'Etat sur les successions en deshérence est un droit successoral, l'exhérédation générale et absolue concerne également l'Etat. Dans ce cas, cette clause d'exhérédation ne peut qu'être annulée : le *de cujus* ne peut empêcher que le sort de la succession soit réglé. Par conséquent, c'est la dévolution *ab intestat* qui s'opérera (5). Si, au contraire, le droit de l'Etat est un droit régalien, un attribut de sa souveraineté, personne ne peut l'en dépouiller. Une clause d'exhérédation générale ne s'appliquera donc pas à l'Etat, qui recueillera la succession. L'enjeu de la détermination de la nature des droits de l'Etat est donc considérable dans ce cas. La Cour de cassation s'est prononcée, pour la première fois, semble-t-il, sur ce problème dans

61. - (2) KUHN, L'exhérédation en droit civil français, thèse Strasbourg, 1943, p. 30. Cf. également : Paris, 27 janvier 1942, S.J., 1942, n° 1836, note VOIRIN. Cet arrêt concerne en réalité une hypothèse de non-réalisation de l'institution projetée dans l'acte testamentaire portant exhérédation, et non un cas de nullité. Mais le raisonnement est le même :

> « Considérant en définitive, dit la Cour de Paris, que rien ne permet d'affirmer que, si la dame R. a exclu sa famille, ce n'était que pour instituer des légataires. »

V° également Lyon, 29 juillet 1885, D.P., 1886.II.229, qui applique exactement la même idée dans une hypothèse où l'institution était non pas nulle, mais caduque. On relèvera l'analogie entre ce raisonnement et celui qui précède, concernant la clause révocatoire.

(3) Cf. SORTAIS, Le titre et l'émolument, 1961, pp. 67 ss., et les références citées.

(4) KUHN, *op. cit.*, pp. 26 ss. ; BUFFELAN-LANORE, article précité.

(5) En ce sens : un arrêt de la Cour d'Angers du 28 janvier 1963 (D. 1963, p. 211, note SAVATIER), qui décide que la clause exhérédant « qui que ce soit des ayants droit à ma succession » visait « non seulement tous ses parents, mais encore l'Etat ». L'arrêt annule alors purement et simplement la clause. V° également : Civ., 17 novembre 1863, D.P., 1863.I.441, note THIERCELIN.

un arrêt du 3 mars 1965 (6). Elle casse l'arrêt précité de la Cour d'Angers, au motif que :

> « la clause d'exhérédation, valable dans la mesure où elle concernait les parents de L..., était nulle à l'égard de l'Etat... » (7).

Bien qu'elle ne le précise pas explicitement, la Cour suprême semble donc avoir ainsi tranché la discussion concernant la nature des droits de l'Etat, en se prononçant pour le caractère régalien de ces droits.

62. — Pour conclure cette étude de l'étendue de la nullité en cas d'annulation des stipulations accessoires ou complémentaires dans les actes à titre gratuit, on peut dire qu'après une période de tâtonnements et d'hésitations, due à la rédaction et à l'interprétation controversée de l'article 900, la jurisprudence a trouvé une voie qui lui a permis d'apporter à ce problème des solutions à peu près homogènes et généralement jugées satisfaisantes en pratique, sinon en théorie (1). Les quelques cas dans lesquels les tribunaux ont adopté des solutions divergentes et parfois critiquables ne déparent pas la construction d'ensemble.

Une telle homogénéité se retrouve-t-elle dans la jurisprudence concernant le même problème en matière d'actes à titre onéreux ? Telle est la question qui se pose à présent.

Sous-Section II

LA NULLITE DES STIPULATIONS ACCESSOIRES OU COMPLEMENTAIRES DANS LES ACTES A TITRE ONEREUX

63. — A l'article 900, relatif aux actes à titre gratuit. correspond l'article 1172 pour les actes à titre onéreux :

> « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend. »

61. - (6) Civ., 3 mars 1965, D. 1965, p. 428, note J. Mazeaud, J.C.P., 1965, n° 14280, note Spiteri. V° également, au sujet de cet arrêt : Ponsard, Quelques remarques sur les clauses d'exhérédation, *in* Mélanges Voirin, 1967, pp. 666 ss. Dans le même sens : Civ., 11 mars 1968, D. 1968, p. 541, note Voirin, J.C.P., 1968, n° 15633.

(7) Il y a, ici, nullité partielle de la clause parce que le terme « ayants droit » est très large et englobe l'Etat, quelle que soit la nature de son droit. Si la clause avait exclu « tous le héritiers », la solution eût été une pure question d'interprétation, posant le problème de savoir si l'Etat est concerné par cette disposition ou non. Cf., en ce sens, Ponsard, article précité, p. 673, note 1.

62. - (1) Cf. *infra*, II° partie, n°° 259 ss.

Mais alors que le premier texte a fait l'objet de controverses fameuses, au sujet de son sens ainsi que de son application, le second est pratiquement passé inaperçu de la doctrine. Rares sont les auteurs qui lui ont consacré des développements quelque peu substantiels (1). La plupart se contentent — le plus souvent d'ailleurs dans le cadre même de l'étude de l'article 900 — de relever le rapprochement opéré par la jurisprudence dans son interprétation des deux textes. Ainsi, Josserand observe à ce sujet (2) :

> « Partis de deux points opposés de l'horizon juridique, les principes se sont ainsi rapprochés sous la pression de la jurisprudence jusqu'à se rencontrer et à coïncider dans la réalisation pratique. »

Pourtant, ce problème de l'étendue de la nullité d'une convention lorsque l'une de ses clauses se trouve viciée — ce qui se produit extrêmement souvent — n'est-il pas fondamental ? N'est-il pas aussi important, sinon plus, dans les actes à titre onéreux que dans les libéralités ?

Aussi, avant d'examiner comment la jurisprudence a, en pratique, résolu ce problème de l'étendue de la nullité dans les actes à titre onéreux, convient-il de s'interroger sur le sens et la portée de cet article 1172.

§ 1. — Les principes gouvernant la matière.

1) La signification de l'article 1172.

64. — Il est permis de se demander, de prime abord, si l'article 1172, qui prend exactement le contre-pied de l'article 900, n'a pas été inspiré par les mêmes sentiments que celui-ci et, plus précisément, s'il n'est pas également un texte impératif. En réalité, le législateur révolutionnaire n'avait pas les mêmes raisons de se méfier des actes à titre onéreux que des libéralités, « terre d'élection des violations de la loi » (1). Au point de vue politique et social, les mêmes dan-

63. - (1) Bartin, *op. cit.*, examine assez sommairement ce problème : pp. 253-258. On trouve également des développements intéressants sur cette question, mais très partiels, chez Barathon, *op. cit.*, pp. 51 ss. et pp. 58 ss., ainsi que dans un article de M. Voirin : Le sort du contrat contenant une clause « payable en or » ou « valeur-or », à la Rev. Crit., 1926, pp. 337 ss. Ce dernier auteur relève ce désintérêt des auteurs relativement à l'article 1172. V° les références qu'il cite, p. 338. La situation n'a pas changé depuis. Certains auteurs ont même complètement négligé le problème de l'étendue de la nullité dans le cadre de l'article 1172 : cf. Ponsard, J. Cl. Civ., article 1172 : on n'y trouve aucune allusion à cette question !

(2) *Op. cit.*, p. 192. V° également : A. Huet, Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques, R.T.D.Civ., 1967, pp. 45 ss., en particulier pp. 52 et 77 ; Ponsard, Quelques remarques sur les clauses d'exhérédation, *in* Mélanges Voirin, pp. 676-677.

64. - (1) Voirin, article précité, Rev. crit., 1926, p. 338.

gers n'existaient pas. Les interprètes ont unanimement rejeté le caractère impératif. Ils justifient leur opinion par le texte lui-même. Celui-ci prévoit, en effet, que la condition nulle rend nulle la convention « QUI EN DÉPEND », c'est-à-dire la convention qui est réellement subordonnée, dans l'esprit des parties, à la réalisation de la condition. Et c'est, disent-ils, le cas normal (2). Si, au contraire, la condition avait un rôle accessoire, si on peut admettre que les parties auraient, en connaissance de cause, conclu l'acte sans la condition, en un mot : si elles n'avaient pas fait réellement dépendre la convention de la condition, la nullité de celle-ci est sans répercussion sur celle-là. Doctrine et jurisprudence sont unanimes pour admettre cette interprétation. Les arrêts ne prononcent l'annulation de l'acte tout entier que si la condition ou la clause nulle a été la « condition impulsive et déterminante » de l'acte (3).

Sans vouloir remettre en cause cette interprétation littérale de l'article 1172, dont nous approuvons entièrement les résultats concrets, il nous semble que ce raisonnement, apparemment sans faille, puisqu'il repose sur les termes mêmes du texte, ne s'impose pas avec une évidence parfaite. N'a-t-on pas donné au terme « dépendre » un sens beaucoup plus précis et plus subtil que celui qu'envisageaient les rédacteurs du Code ? L'article 1172 se trouve dans une section du Code consacrée aux obligations conditionnelles. Il était alors logiquement et grammaticalement inévitable que les rédacteurs y introduisent le terme « dépendre » pour caractériser le lien existant entre la convention et la condition. Le concept de dépendance est de l'essence même de la notion de condition. S'ils avaient dès l'abord employé le terme « clause », ils auraient sans doute dit qu'en cas de nullité elle rend nulle la convention « qui la contient ». Ayant, au contraire, entamé leur phrase par « condition », ils étaient amenés en toute logique à l'achever par l'expression « qui en dépend ». Il nous paraît donc hasardeux de prêter aux rédacteurs du Code l'intention d'avoir voulu, par ces termes, se référer au principe d'autonomie de la volonté.

Quoiqu'il en soit, cette discussion ne présente plus guère d'intérêt, puisque tout le monde est d'accord pour considérer l'article 1172, à l'heure actuelle, comme un texte interprétatif de la volonté des parties. Peu importe alors ce qu'il signifiait dans l'esprit de ses rédacteurs. Ces observations méritaient néanmoins d'être faites, ne fût-ce que pour montrer que la jurisprudence a accompli, relativement à

64. - (2) Cf. par exemple : BARTIN, *op. cit.*, pp. 253 ss. ; VOIRIN, article précité, pp. 342 et 346.

(3) Cf. par exemple, dans la jurisprudence récente : Com., 17 juin 1963, Bull., 1963.III, n° 305, p. 254 ; Com., 13 novembre 1963, Bull. 1963.III, n° 474, p. 396 ; Paris, 4 mai 1955, D. 1956, p. 19, note MALAURIE.

l'article 1172, une œuvre d'interprétation aussi remarquable, bien que moins spectaculaire, qu'en ce qui concerne l'article 900.

2) Le champ d'application de l'article 1172.

65. — Il est admis que l'article 1172 s'applique aussi bien aux véritables conditions qu'aux autres clauses accessoires des actes à titre onéreux. L'examen approfondi de ce double champ d'application nous fournira l'occasion de formuler quelques observations importantes à propos de la notion même de condition.

Les conditions proprement dites appellent les mêmes remarques que celles que nous faisions au sujet de l'article 900 (1). Les conditions casuelles ne pouvant jamais être illicites ou immorales et la pratique ne fournissant pas d'exemples de conditions casuelles impossibles, l'article 1172, comme l'article 900, ne s'applique, en fait, qu'aux seules conditions potestatives, c'est-à-dire à celles dont la réalisation est mise à la charge de l'un des contractants. Ce dernier peut être le créancier ou le débiteur de l'obligation. Toutefois, s'il s'agit du débiteur, il ne faut pas que la réalisation de la condition dépende exclusivement de sa volonté, de son caprice même. Si tel était le cas, si la condition était « purement potestative » pour le débiteur, l'obligation elle-même serait nulle en vertu de l'article 1174 :

> « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige » (2).

Mais s'il est vrai que l'article 1172 ne trouve effectivement application dans la pratique qu'aux conditions potestatives, comme l'article 900, il faut immédiatement ajouter que celles-ci sont aussi rares en matière d'actes à titre onéreux qu'elles sont fréquentes dans le domaine des libéralités. En particulier dans les contrats synallagmatiques, qui constituent la catégorie la plus importante d'actes à titre onéreux, on n'en rencontre pratiquement pas (3). Les seuls actes à titre onéreux qui sont relativement souvent assortis de conditions potestatives, susceptibles de tomber sous le coup de l'article 1172, ce sont les PROMESSES UNILATÉRALES : « je vous promets telle chose à telle condition ».

65. - (1) Cf. *supra*, n° 44.

(2) Ce texte constitue le pendant de l'article 944 qui vise les actes à titre gratuit : cf. *supra*, n° 49. Mais dans le cadre de ce dernier texte on ne distingue pas entre les conditions simplement potestatives et les conditions purement potestatives. Sur cette distinction, cf. THÉODORESCO, La théorie de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux en droit français, thèse Paris, 1923, en particulier, pp. 43 ss. V° à titre d'exemples : Com., 28 juin 1965, Bull., 1965.III, n° 405, p. 370 ; Com., 22 février 1967, Bull., 1967.III, n° 87, p. 83 ; Civ., 7 avril 1967, Bull., 1967.I, n° 110, p. 80.

(3) Cf. BARATHON, *op. cit.*, p. 53.

66. — Encore faut-il remarquer que, dans ce cas, la condition potestative joue un rôle assez particulier (1) : elle constitue le plus souvent une véritable contre-prestation. Ces actes unilatéraux conditionnels sont en réalité des contrats synallagmatiques « indirects », empruntant la forme, la technique, des actes unilatéraux. Le critère permettant de déceler ces faux actes conditionnels, réside dans la constatation suivante : alors que l'acte conditionnel est, par définition, un acte qui n'est pas définitif, ces actes unilatéraux conditionnels sont en fait des actes définitifs et immédiats dans la pensée des parties. Barathon cite un certain nombre d'exemples caractéristiques. Ainsi, une obligation immorale ou illicite sera souvent imposée sous la forme d'une condition par celui qui veut qu'elle soit réalisée. Un véritable contrat synallagmatique ne sera que rarement conclu pour un tel marché. Celui qui désire l'accomplissement sait qu'il n'est pas en droit de l'exiger de son cocontractant. Aussi procédera-t-il différemment : il promettra de rémunérer l'acte sans cependant l'exiger. En pratique, toute cette démarche de l'esprit est parfaitement inconsciente. C'est instinctivement que cette technique est utilisée. Il n'en est pas moins vrai que, lorsque la promesse est acceptée par quelqu'un, il s'agit d'un véritable pacte.

De même, celui qui voudra que quelqu'un accomplisse tel acte licite, sans pouvoir l'exiger de lui, procédera de cette façon. Cette technique n'est donc pas propre aux activités répréhensibles. Il arrive fréquemment, enfin, que deux engagements réciproques doivent être exécutés successivement et non simultanément. Dans une telle hypothèse les parties emploieront la forme d'un acte unilatéral conditionnel, plutôt que de recourir à un contrat synallagmatique assorti d'une clause particulière réglant l'ordre d'exécution.

> « La forme conditionnelle, précise Barathon (2), se justifie ici par le désir de tourner un obstacle, elle est un expédient, elle n'est pas une réalité. »

La réalité, c'est le caractère synallagmatique de l'acte. La condition tient lieu de contre-prestation. Elle est la seule cause de l'engagement : condition et cause se confondent ici (3) (4).

66. - (1) Cf. BARATHON, *op. cit.*, pp. 40-53.
(2) *Op. cit.*, p. 43.
(3) *Op. cit.*, pp. 51-52.
(4) Barathon, dans ses développements relatifs à ces actes unilatéraux conditionnels, ne distingue pas selon qu'ils sont à titre onéreux ou à titre gratuit. Or, les libéralités conditionnelles entrent, par hypothèse, dans la catégorie des actes unilatéraux conditionnels. Il ne faudrait pas en conclure qu'elles constituent en réalité des constrats synallagmatiques. Une distinction s'impose. Normalement la condition ne joue pas, en matière de libéralités, le rôle de contre-prestation, notamment lorsqu'elle sert simplement à limiter quelque peu l'étendue de la disposition ou à en pré-

67. — La conséquence de l'analyse de cette catégorie d'actes unilatéraux conditionnels, c'est qu'il y a lieu de se demander si l'article 1172 leur est encore applicable. La réponse la plus logique ne serait-elle pas d'attribuer à ces actes leur véritable qualification : celle de contrats synallagmatiques ? Dans cette hypothèse, ce n'est plus l'article 1172 qui devrait être invoqué, mais les textes relatifs à l'immoralité ou à l'illicéité de la cause : les articles 1131-1133. L'alternative suivante se présente. Ou bien on applique à ces actes unilatéraux conditionnels l'article 1172. Mais il ne saurait alors être question que d'une application littérale : il ne pourra en aucun cas y avoir nullité partielle, puisque c'est la cause même de l'engagement qui disparaît lorsque la condition est annulée. Ou bien on leur rend leur véritable qualification, ce qui nous paraît plus logique. On ne pourra plus, dès lors, leur appliquer l'article 1172.

Mais si les conditions auxquelles ce texte est susceptible de s'appliquer sont rarissimes en matière de contrats synallagmatiques et si, dans les seuls actes à titre onéreux où ces conditions sont fréquentes, on a recours à lui sur la base d'une analyse juridique insuffisante, à quoi appliquera-t-on ce texte, qui précisément ne vise expressément que les conditions ?

68. — En réalité, l'accord est unanime pour admettre que toutes les clauses accessoires ou complémentaires que l'on rencontre en matière d'actes à titre onéreux entrent dans le champ d'application de ce texte (1). Ces clauses sont extrêmement nombreuses et variées. Ce sont essentiellement, sinon exclusivement, elles qui, dans la pratique, tombent sous le coup de ce texte.

ciser l'utilisation. Il arrive pourtant que la condition soit la véritable cause de la libéralité : cf. les nombreuses applications de la théorie de la cause impulsive et déterminante. Peut-on encore qualifier ces actes de libéralités ? Quelle différence entre : « je vous donne... à telle condition » et « je vous promets... à telle condition » ? Cependant, nous limitons la discussion, pour le moment, aux seuls actes pour lesquels la qualification n'est pas litigieuse. En ce qui concerne le problème de la qualification de certaines libéralités conditionnelles ou avec charges, cf. *infra*, II[e] partie, n[os] 273 ss.

68. - (1) Il y a lieu d'observer que l'assimilation des clauses aux conditions n'est pas la seule extension du domaine d'application de l'article 1172. Ce texte ne vise, en effet, que les conditions impossibles, immorales et illicites. Or, il n'y a aucune raison de ne pas étendre la même solution aux clauses ou conditions nulles pour une autre cause : un vice du consentement ou un vice de forme, par exemple. La nature du vice ne saurait entraîner une différence de régime. Toute clause nulle doit, en principe, donner lieu à application de ce texte. Cette observation est d'ailleurs valable également pour l'article 900.

3) Rapports entre les notions de clause et de condition.

69. — Mais pourquoi, au fond, cette assimilation entre les véritables conditions et les simples clauses s'est-elle réalisée aussi spontanément ? C'est qu'il n'y a pas vraiment de différence de nature entre ces deux sortes de stipulations : la seule différence réside dans leur formulation. Ainsi s'explique le fait que la jurisprudence estime fréquemment qu'une clause quelconque a été la « condition impulsive et déterminante » du contrat, alors qu'à l'inverse, en présence d'une véritable condition, elle n'admettra pas cette qualification. En réalité, le terme « condition », dans le cadre du problème de l'étendue de la nullité (1), possède une double signification.

Dans un sens purement formel, il y a « condition » dès lors que les parties ont employé la forme conditionnelle. Mais sous ce procédé peuvent se cacher trois situations nettement distinctes. La condition peut d'abord être la véritable contre-prestation d'une promesse unilatérale, situation que nous avons examinée précédemment. Une telle stipulation n'a de condition que le nom. A un degré inférieur, en quelque sorte, il y a la véritable condition, qui, sans être la contre-prestation, aura joué un rôle prépondérant et déterminant dans l'esprit des parties. Celles-ci ont réellement entendu subordonner l'acte à sa réalisation. Enfin, les parties auront pu employer la forme conditionnelle sans pour autant attacher à la condition une importance primordiale. Ainsi s'explique le fait que la jurisprudence puisse considérer une condition comme non « impulsive et déterminante ».

Dans un sens plus profond, le concept de condition a un champ d'application nettement plus restreint. La question de la formulation mise à part, ce sens correspond exclusivement à la deuxième catégorie de l'énumération qui précède. La notion de condition implique, en effet, une subordination, une dépendance. Il n'y a donc de véritable condition que si réellement les parties, qui ont conclu un acte intrinsèquement complet et se suffisant à lui-même, ont subordonné l'existence de cet acte à la réalisation d'un événement casuel ou volontaire. Et cette acception de la notion de condition n'est liée à aucune forme, à aucune technique. C'est ce que la jurisprudence a très bien compris, lorsqu'elle décide, dans certaines circonstances, que telle clause particulière d'un acte en constitue, en réalité, une « condition impulsive et déterminante ». La forme conditionnelle elle-même pourra

69. - (1) Le développement qui suit est, dans une certaine mesure, valable également pour l'article 900 et pour le rapport condition-charge. Mais il revêt ici une importance plus grande, notamment du fait que la jurisprudence utilise moins le concept de cause que celui de « condition impulsive et déterminante ». C'est pourquoi il nous semble plus approprié à cette place.

tout au plus valoir comme un indice dans le sens de cette interprétation des intentions des auteurs de l'acte. En tout cas, si c'est ainsi qu'on entend le terme « condition », ni la première, ni la troisième catégorie de l'énumération faite plus haut ne sont de véritables conditions. La première, parce que les conditions en question ne concernent pas un fait extérieur, auquel les parties ont subordonné l'existence d'un acte intrinsèquement complet. Ce genre de promesses, en effet, ne se conçoit pas sans la condition qui y est jointe et qui en constitue la véritable contre-prestation, puisque, par hypothèse, il n'y a pas « *animus donandi* ». La troisième, parce que la forme conditionnelle ne correspond pas à l'intention des parties : celles-ci n'ont pas subordonné l'acte principal à la réalisation de la condition. De ce fait, il ne s'agit pas de véritables conditions.

70. — Cette analyse de la notion de condition suscite inévitablement une dernière question : lequel des deux sens fondamentaux qui viennent d'être dégagés l'article 1172 vise-t-il, lorsqu'il parle de « condition » ? Examinons les deux hypothèses possibles.

Si c'est le second sens, c'est-à-dire la véritable condition, qui est visé, ce texte ne pose aucun problème et ne doit souffrir, en principe, aucune dérogation. La seule difficulté réside alors dans la qualification de la disposition nulle : s'agit-il ou non d'une condition au sens de ce texte ? Si oui, il ne reste plus qu'à l'appliquer intégralement. Si non, l'article 1172 n'est pas applicable. Par un argument *a contrario* et conformément au principe de l'autonomie de la volonté, il faut alors cantonner la nullité à la seule disposition en question. Nous ne sommes pas loin de penser que c'est à cette acception du terme condition que les rédacteurs de l'article 1172 se référaient, consciemment ou non. C'est en effet ce sens qui vient le premier à l'esprit et qui, d'ailleurs, est exprimé dans les définitions courantes de la notion de condition. Il n'est que la conséquence logique du fait que le concept de dépendance est de l'essence de la condition.

Mais c'est plutôt pour la première explication du terme « condition » que la jurisprudence semble avoir opté dans son interprétation de l'article 1172, puisqu'elle distingue, parmi les conditions, celles qui ont été « impulsives et déterminantes » de celles qui ne l'ont pas été. Si l'on entend ainsi ce texte, on ne peut qu'approuver les tribunaux d'avoir refusé de l'appliquer à la lettre et d'avoir opéré la distinction indiquée. Il faut ajouter, pourtant, qu'ils ne s'en sont pas tenus exclusivement à la formulation conditionnelle, puisqu'ils ont mis en œuvre leur critère à propos de toutes les clauses accessoires ou complémentaires, qu'elles aient ou non été coulées dans le moule conditionnel. Il est donc plus exact de dire que le système jurisprudentiel repose sur une combinaison des idées contenues dans les deux explications

du terme « condition ». Cette constatation importante explique à la fois le caractère relativement confus de ses raisonnements au point de vue terminologique, et le fait que, dans la majorité des cas, ses solutions sont néanmoins jugées satisfaisantes en pratique.

C'est à l'examen de ces solutions que nous pouvons, à présent, nous consacrer.

§ 2. — Etude des principaux cas jurisprudentiels de nullité de stipulations accessoires ou complémentaires d'actes à titre onéreux.

71. — Les clauses accessoires ou complémentaires sont infiniment plus nombreuses et diverses dans les actes à titre onéreux que dans les libéralités. Cela se comprend d'ailleurs aisément. Non seulement les actes à titre gratuit sont en nombre très restreint, mais ils n'ont pas connu de développement notable depuis la rédaction du Code civil. L'esprit de notre époque paraît peu favorable à un essor des libéralités. Bien au contraire, les actes à titre onéreux ont connu un essor considérable. Ce phénomène de croissance s'est manifesté aux trois points de vue du nombre de ces actes, de leur variété et de leur complexité.

Il résulte de ces constatations qu'il n'est guère possible de classer les diverses stipulations accessoires ou complémentaires des actes à titre onéreux dans un ordre logique. Tout au plus peut-on relever certaines caractéristiques communes permettant de les répartir en quelques catégories.

Certaines de ces clauses pourraient être désignées sous l'appellation de « clauses-institutions » ou de « clauses-type », en ce qu'elles constituent des procédés techniques bien déterminés, forgés par une longue pratique en vue d'un résultat donné. Ces clauses ont généralement une dénomination plus ou moins invariable. Quelques-unes d'entre elles sont susceptibles d'être intégrées dans une grande variété de contrats : tel est le cas, par exemple, des clauses monétaires, de la clause compromissoire, de la clause d'irresponsabilité... (I). D'autres, au contraire, sont spécifiques à un contrat bien précis ou à une catégorie restreinte de contrats, comme la clause de non-concurrence, la clauses d'exclusivité... (II). Mais un grand nombre de clauses ne rentrent pas dans la définition précédente : elles ne se caractérisent pas par un contenu spécifique et ne constituent pas le support de techniques particulières. Elles contreviennent tout simplement, sous des formes infiniment variées, au statut impératif d'un certain nombre de contrats, appelés généralement les contrats dirigés. Alors que dans les précédentes catégories de clauses c'est plutôt le procédé technique

qui était prohibé, celles-ci sont plutôt illicites en raison du résultat qu'elles entraînent, quel que soit le procédé utilisé (III).

Ces trois sortes de clauses fourniront l'infrastructure de ces développements. Nous en étudierons les exemples les plus importants. Une étude exhaustive est en effet inutile. Nos recherches portent sur une notion théorique : il importe peu, dès lors, que nous en ayons aperçu toutes les applications, pourvu que les plus représentatives ne nous aient pas échappé. Cette remarque est particulièrement importante en ce qui concerne la dernière catégorie citée, dont les applications sont innombrables et offrent de nouveaux exemples quasi quotidiennement.

I. — CLAUSES-TYPE A VOCATION MULTIPLE.

72. — Nous appelons ainsi les clauses susceptibles d'être accolées sinon à tous les contrats à titre onéreux, du moins à un grand nombre d'entre eux. L'exemple le plus significatif à notre point de vue est sans aucun doute celui des clauses monétaires. Aussi conviendra-t-il de l'étudier de façon particulièrement attentive. Deux autres variétés de clauses que l'on trouve dans de nombreux contrats nous retiendront moins longuement : la clause compromissoire et les clauses de non-responsabilité et de non-garantie.

1) Les clauses monétaires.

73. — Les problèmes posés par les clauses monétaires (1) sont assurément de ceux qui ont le plus préoccupé la doctrine contemporaine, à juste raison d'ailleurs. Les notes et chroniques sur le sujet sont innombrables (2), et de nombreuses thèses lui ont été consacrées (3). Cependant, depuis qu'en 1958-1959 une solution législative

73. - (1) Nous appelons ainsi toutes les clauses tendant à faire échapper une prestation pécuniaire aux effets de la dépréciation monétaire.

(2) Cf. parmi les plus importantes : Capitant, D.H., 1927, chr., p. 1, D.H., 1928, chr., p. 53, D.H., 1929, chr., p. 13 ; Savatier, D. 1959, chr., p. 63 ; Esmein, G.P., 1948.I, Doctr., p. 30, G.P., 1951.II, Doctr., p. 2, G.P., 1959.I, Doctr., pp. 18 et 33, G.P., 1963.I, Doctr., p. 21 ; J.-Ph. Levy, J.C.P., 1948.I, n° 714, 1950.I, n° 840, 1957.I, n° 1381, 1959.I, n° 1472 ; De La Marnière, D. 1951, chr., p. 169, J.C.P., 1959.I, n° 1510 ; Pédamon, D. 1958, chr., p. 101 ; Vassseur, D. 1954, chr., p. 1 ; Azard, J.C.P., 1953.I, n° 1092 ; Fréjaville, D. 1952, chr., p. 31 ; Mestre, J.C.P., 1938.I, n° 57 ; Toulemon, G.P., 1948.I, Doctr.,, p. 52, G.P., 1951.II, Doctr., p. 32, R.T.D.Com., 1951, p. 663, 1958, p. 697, 1963, p. 443 ; Hébraud, D. 1948, chr., p. 137 ; Lalou, D.H., 1930, p. 69 ; Voirin, Rev. crit.,, 1926, p. 337.

(3) Cf. parmi les plus récentes : Doucet, L'indexation, Paris, 1962 ; Jean-François, L'indexation dans les contrats et les décisions judiciaires, Rennes, 1959 ; Chazottier, De la clause d'échelle mobile dans le prêt d'argent entre particuliers, Lyon, 1956 ; Durieux, Les prêts indexés, Paris, 1956 ; Rist, L'échelle mobile dans les contrats et dans les jugements, Paris, 1953 ; Bertin, La clause d'échelle mobile en droit privé, Paris, 1953.

est intervenue, cette question a perdu une grande partie de son attrait au point de vue doctrinal. En ce qui nous concerne, un seul aspect parmi toutes les difficultés soulevées par ces clauses entre réellement dans notre sujet : celui du sort du contrat dans lequel se trouve incluse une clause monétaire nulle. Il convient néanmoins d'exposer sommairement de quelles clauses il s'agit et dans quelles circonstances elles sont nulles.

Les diverses clauses monétaires sont très différentes les unes des autres. Seule leur finalité les rapproche : elles tendent toutes à parer à la dépréciation de la monnaie et à conserver à une prestation pécuniaire originairement convenue, mais payable à terme, une valeur invariable, un pouvoir d'achat constant.

Pour atteindre à cette fin, il n'y a, en définitive, que deux procédés. Le premier est empirique et direct : on remplace la monnaie instable, comme moyen de paiement, par quelque chose qui ne se déprécie pas de la même façon : l'or, une monnaie étrangère ou une denrée. Le second procédé aboutit, de façon indirecte, au même résultat : le paiement s'effectue en francs, mais son montant varie proportionnellement à la dépréciation, le calcul du réajustement se faisant au moyen d'une référence à la valeur de l'or, d'une monnaie étrangère, d'une denrée ou d'un ensemble de denrées, c'est-à-dire d'un indice.

74. — Toutes ces clauses tendant vers le même résultat, on aurait pu penser qu'une solution de principe viendrait résoudre d'une façon uniforme le problème de leur validité. On voit mal, *a priori*, pourquoi, en l'absence de règle législative précise, le fait d'assurer un pouvoir d'achat constant aux créances serait permis dans certains cas et non dans d'autres, selon qu'on aura, éventuellement, utilisé tel procédé technique ou tel autre. C'est justement ce problème qui a tant préoccupé la doctrine et la jurisprudence, toutes deux à la poursuite d'un introuvable critère. Ce n'est qu'en 1958 que le législateur est enfin intervenu pour mettre un terme à ces discussions.

Avant 1958, la jurisprudence se fondait traditionnellement sur deux sortes de textes pour annuler les clauses monétaires : l'article 1895 du Code civil d'une part, les textes relatifs au cours légal et au cours forcé d'autre part. Quelle était la valeur de ces arguments ?

L'article 1895 prévoit que :

> « L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de ne pas reconnaître leur volonté, »
>
> S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payement. »

Ce texte est-il d'ordre public ? De fait, la jurisprudence l'a souvent invoqué pour annuler des clauses monétaires. Mais, par un arrêt

du 27 juin 1957 (1), la Cour de cassation s'est prononcée formellement en faveur du caractère supplétif de l'article 1895.

Le cours forcé de la monnaie a été instauré — si l'on néglige les expériences révolutionnaires — par une loi du 12 août 1870. C'est de cette époque que datent les premiers arrêts relatifs à ce problème, fort rares au demeurant (2). Cette jurisprudence n'eut pas de suites, car dès le 1er janvier 1878 la convertibilité fut rétablie. La première guerre mondiale allait obliger le législateur à recourir une nouvelle fois au cours forcé. Mais la mise en œuvre du cours légal et du cours forcé, tous deux fréquemment invoqués par la doctrine et la jurisprudence, implique-t-elle réellement la nullité des clauses monétaires ? En vertu du cours légal, certains billets de banque ou pièces ont officiellement cours en tant que monnaie nationale. Il n'a aucune incidence sur le problème de la nullité des clauses monétaires. Quant au cours forcé, il se contente de supprimer la parité de la monnaie par rapport à l'or ou à un autre étalon, donc aussi la convertibilité. Par conséquent, pas plus que le cours légal, le cours forcé n'implique nullement l'illicéité des clauses monétaires. C'est ce que la Cour de cassation a fini par reconnaître (3), bien tardivement, il est vrai, pour les clauses valeur-or ou -devises étrangères et les clauses d'échelle mobile, dont l'intervention modifie seulement le montant du paiement, qui s'effectue toujours en monnaie légale.

> « Attendu, dit l'arrêt du 26 novembre 1963, que la stipulation dans le prêt d'argent d'une clause d'échelle mobile tendant à faire rembourser par l'emprunteur une somme ayant le même pouvoir d'achat que la somme prêtée... n'est interdite ni par l'article 1895

74. - (1) J.C.P., 1957, n° 10093 *bis*, concl. Besson, D. 1957, p. 649, note Ripert. Depuis, de nombreux arrêts ont repris la même solution : Civ., 26 mai 1959, Bull., 1959.I, n° 268, p. 223 ; Civ., 22 juillet 1959, Bull., 1959.I, n° 376, p. 314 ; Civ., 28 octobre 1959, Bull., 1959.I, n° 445, p. 368 ; Civ., 2 février 1960, Bull., 1960.I, n° 72, p. 59 ; Civ., 29 mars 1960, Bull., 1960.I, n° 187, p. 149 ; Civ., 12 juin 1961, Bull., 1961.I, n° 305, p. 241 ; Civ., 4 décembre 1962, J.C.P., 1963, n° 13033, note Esmein, D. 1963, p. 698, note Pédamon ; Civ. 26 novembre 1963, J.C.P., 1964, n° 13652, note Hubrecht.

(2) Aix, 23 novembre 1871, D.P., 1872.II.51. Le seul arrêt de la Cour de cassation, du 11 février 1873 (D.P., 1873.I.177, note Boistel, S. 1873.I.97, note Labbé) est, d'ailleurs, d'une rigueur juridique contestable. Il déclare, d'une part, que la clause litigieuse est illicite parce que contraire au cours forcé et, d'autre part, que cette clause :

> « cesse d'être exécutoire dès l'instant où le législateur a établi le cours forcé et qu'aussi longtemps que cette mesure est maintenue, le créancier ne peut légalement se refuser.... »

La contradiction est flagrante : comment une clause « illicite » pourrait-elle ne cesser d'être exécutoire que temporairement ?

(3) Civ., 4 décembre 1962, D. 1963, p. 698, note Pédamon, J.C.P., 1963, n° 13033, note Esmein, Clunet, 1963, p. 750, note Goldmann, R.T.D.Civ., 1963, p. 374, n° 6, obs. Cornu ; Civ., 26 novembre 1963, J.C.P., 1964, n° 13652, note Hubrecht ; Civ., 10 mai 1966, J.C.P., 1966, n° 14871, note J.-Ph. Lévy, D. 1966, p. 497, note Malaurie.

du Code civil, texte non impératif, ni par la loi prescrivant le cours forcé, quelles qu'aient été les prévisions de chacune des parties quant aux causes des variations éventuelles de l'indice. » (4).

Ce revirement total n'était que le juste triomphe — *in extremis* — de la logique (5). Mais il n'a plus qu'un intérêt limité, les ordonnances de 1958 et 1959 étant intervenues entre-temps pour apporter enfin une solution législative à ce problème. Peut-être le législateur n'aurait-il pas attendu 1958 pour régler ce problème si les tribunaux avaient refusé dès l'origine de rechercher, avec plus ou moins de bonheur, un critère certes utile, mais que seul le législateur pouvait lui fournir ? Mais il faut reconnaître, en fin de compte, que si la jurisprudence antérieure à 1958 est contestable, c'est cependant elle qui a dégagé l'idée qui sert de critère dans la législation nouvelle.

Le système des ordonnances du 30 décembre 1958 et du 4 février 1959 a donc pris le relais au bon moment. Pour les clauses d'indexation (6), c'est un critère de compromis entre les impératifs de la lutte contre l'inflation et l'utilité incontestable, voire la nécessité, des clauses d'indexation dans certains cas, que le législateur a adopté, à l'instar de la jurisprudence antérieure. Ce critère repose sur une analyse approfondie de la nature de l'indexation (7). L'utilité des clauses d'indexation réside, en définitive, dans l'idée d'association. Lorsqu'une telle idée, proche de l'« *affectio societatis* », peut être décelée entre créancier et débiteur, la clause sera valable et produira même des effets économiques heureux. Lorsque, au contraire, le créancier a exclusivement le souci de maintenir son pouvoir d'achat, manifestant ainsi ouvertement sa méfiance à l'encontre de la monnaie nationale, la clause sera nulle, car elle a un effet inflationniste. Dans cette optique, les différentes formes possibles de clauses d'indexation peuvent être classées selon une hiérarchie décroissante ininterrompue (8). Dans cette nomenclature, le législateur a tracé une ligne de démarcation, n'annulant que les clauses dans lesquelles la finalité est purement égoïste, sauf en matière de dettes alimentaires, pour lesquelles toute clause d'indexation est valable.

74. - (4) La meilleure preuve que ni l'article 1895, ni le cours forcé ne pouvaient justifier la nullité des clauses d'indexation ne peut-elle pas être trouvée dans le fait que jamais la jurisprudence n'a annulé systématiquement ces clauses ? Elle a successivement adopté plusieurs critères lui permettant de sanctionner les « mauvaises » clauses en préservant les « bonnes ». Les textes en question ne servaient, en réalité, que de justification *a posteriori*.

(5) *Comp.* : obs. CORNU, précitées, qui parle de « la splendide liberté d'un cas unique, et de fin de série ».

(6) Auxquelles on peut assimiler les clauses valeur-or et valeur-devises étrangères : cf. *supra*, n° 73.

(7) Cf. DOUCET, *op. cit.*, pp. 97 à 121.

(8) V° son tableau récapitulatif, *op. cit.*, p. 120.

Mais les ordonnances de 1958-1959 ne visent que les clauses d'indexation. Pour les clauses-or et -devises étrangères, les solutions anciennes, dont le fondement est désormais très discutable, semblent néanmoins devoir rester en vigueur. En effet, si l'on n'admet qu'avec parcimonie la validité des clauses d'indexation, ne convient-il pas *a fortiori* de traiter avec plus de sévérité les clauses-or et -devises étrangères ?

Quoiqu'il en soit, il y a toujours des clauses monétaires illicites, bien que ce ne soient pas forcément les mêmes qu'avant 1958. Mais le problème qui nous intéresse principalement concerne l'incidence de la nullité de la clause monétaire sur le contrat lui-même. Or, sur ce point, les textes de 1958-1959 n'ont apporté aucun élément nouveau (9).

a) *Le problème de l'étendue de la nullité.*

75. — Le problème de l'incidence de la nullité des clauses monétaires sur les contrats est particulièrement délicat. Il a été négligé par la majorité des auteurs qui avaient apporté leur contribution à l'étude de la nullité de ces clauses. Quelques-uns seulement s'y sont arrêtés (1). Ils se sont essentiellement interrogés sur deux problèmes : la clause monétaire n'est-elle pas un élément essentiel du contrat ? ou, du moins, n'en est-elle pas toujours une « condition impulsive et déterminante » ? Cette deuxième question ne se pose évidemment que s'il a été répondu négativement à la première.

La clause monétaire n'est-elle pas un élément essentiel du contrat, dont la survie ne se conçoit pas sans elle ? L'élément essentiel qui est en cause, c'est le prix : un contrat ne saurait subsister si, par suite de la nullité d'une clause, le prix est indéterminé. N'est-ce pas ce qui arrive lorsqu'une clause monétaire est annulée ? Ce raisonnement a été tenu par une jurisprudence relativement ancienne, émanant essentiellement de juridictions du fond, au sujet des clauses-or et des clauses-devises étrangères (2). Sa valeur est contestable. En

74. - (9) Cf. à ce sujet *infra*, note 2 n° 83.

75. - (1) Doucet, *op. cit.*, pp. 215-220 ; Farjat, L'ordre public économique, 1963, pp. 391-394 ; Khalil, Le dirigisme économique et les contrats. Etude de droit comparé, 1967, pp. 293 ss. ; Esmein, G.P., 1959.I, Doctr., pp. 18 et 33 ; Capitant, D.H., 1927, Chr., p. 1 ; Voirin, Rev. crit., 1926, pp. 337 ss. ; Hubrecht, La dépréciation monétaire et la stabilisation. Leurs effets sur l'exécution des obligations, thèse Strasbourg, 1928, pp. 353 ss.

(2) Cf. Pau, 20 juillet 1920, D.P., 1926.II.153, note Savatier, S. 1926.II.86 :

« Attendu... que le marché conclu... doit être annulé comme contenant une clause relative au prix, entachée d'une nullité d'ordre public, autrement dit pour défaut de prix... »

V° également : Aix, 10 février 1927 (motifs), G.P., 1927.I.478 ; T.C. Seine, 21 janvier 1928, G.P., 1928.I.456 ; T. Com. Antibes, 21 décembre 1928, G.P., 1929.I.563. On cite parfois dans le même sens un certain

effet, si le prix, dans cette hypothèse, est indéterminé, il est cependant parfaitement déterminable : il suffit de convertir la dette en francs au cours du jour de la conclusion du contrat pour rétablir ainsi la valeur nominale initiale (3). Ce système, qui annule le contrat en vertu de l'article 1591 du Code civil, a été abandonné. Par la suite, c'est sur le terrain de l'article 1172 que la jurisprudence a cherché une solution. Pourtant, un auteur (4) a récemment soutenu une opinion très voisine de celle de la jurisprudence précitée, mais reposant sur une analyse plus approfondie de la nature juridique de l'indexation. Il y aurait, selon cet auteur, une différence de nature entre une obligation indexée et une obligation à montant fixe. La façon de déterminer le prix dans les deux hypothèses serait fondamentalement différente, de sorte qu'il ne saurait être question de substituer un prix nominal à un prix indexé :

> « L'indexation, précise-t-il, a incontestablement, dans l'acte où elle est stipulée, un effet essentiel puisqu'elle détermine le prix qui est dû par l'une des parties. L'existence d'une clause d'indexation détermine une dette de valeur réelle, la disparition de cette clause transforme le régime du paiement et donne lieu à une dette nominale... C'est plus qu'une clause qui est atteinte, c'est l'obligation de l'une des parties telle qu'elle avait été déterminée dans l'acte, c'est même la conception générale de celui-ci qui est condamnée. L'annulation de l'indexation doit donc normalement entraîner celle de l'acte dans son ensemble. Il n'en serait autrement que dans le cas où la clause a été jointe après coup à une convention d'ores et déjà conclue puisqu'alors elle ne sera pas réellement intégrée à l'ensemble de la convention. »

Cette analyse apparaît, de prime abord, séduisante à l'esprit. Il nous semble, pourtant, que son auteur suggère lui-même le moyen de la contester, lorsqu'il admet une exception à son système. Car si l'on prolonge son raisonnement, il faut dire que l'obligation sur laquelle on a greffé plus tard une clause d'indexation et celle comportant une clause dès le départ sont de nature différente. Cette conclusion nous paraît excessive. Dans la réalité, les parties ne fixent-elles pas toujours initialement un prix nominal, sur lequel elles greffent une clause d'indexation ? Si le simple fait que cette clause a été envisagée dès le départ ou, au contraire, incluse dans l'acte par un accord distinct, peut, le cas échéant, avoir une certaine signification, il ne

nombre d'autres décisions qui annulent le contrat tout entier parce que la clause nulle était une condition impulsive et déterminante et qui invoquent le fait que cette clause se rapporte au prix pour lui donner cette qualification. Cf. CAPITANT, D.H., 1927, chr., p. 1 ; HUBRECHT, *op. cit.*, p. 358. Ce raisonnement est tout à fait différent. Ces décisions-ci appliquent l'article 1172, celles-là l'article 1591.

75. - (3) C'est ce que fait, par exemple, un arrêt de la Cour de Paris du 23 mars 1927, G.P., 1927.I.708.

(4) DOUCET, *op. cit.*, p. 217.

nous semble pas qu'il puisse révéler une différence de nature entre les deux cas. Le caractère objectivement accessoire des clauses monétaires est, à notre avis, plus conforme à la réalité psychologique, à la démarche intellectuelle des parties. C'est donc bien sur le terrain de l'article 1172 que la solution doit être recherchée.

76. — N'y a-t-il pas lieu d'admettre, alors, que la clause monétaire est toujours une « condition impulsive et déterminante » de la convention, au sens de l'article 1172 ? Pour une partie de la doctrine, le caractère déterminant de la clause monétaire ne fait pas de doute. C'est ainsi qu'il a été dit (1) :

> « prétendre, en cas de dépréciation sensible de la monnaie, en période de hausse des prix, qu'une clause adaptant le prix aux mouvements de la conjoncture économique, qui peut faire varier ce prix dans la proportion de un à cinq, à dix, à vingt si ce n'est davantage, n'a qu'un intérêt tout à fait secondaire pour les contractants, n'est-ce pas soutenir un paradoxe ? »

M. Farjat, étudiant précisément le problème de la sanction de la violation de l'ordre public monétaire, ne va-t-il pas jusqu'à affirmer :

> « ... il n'est pourtant pas contestable que chaque fois qu'une clause a été stipulée elle était essentielle dans l'esprit des parties » (2) ?

D'autres auteurs adoptent un point de vue plus modéré.

> « Quant à souhaiter, écrit M. Page, que — quasi par principe — on considère toutes les clauses d'indexation comme ayant été déterminantes de l'engagement des parties, c'est... aller bien loin, bien vite. » (3).

La plupart des auteurs estiment qu'il est logique d'admettre que, normalement, les parties n'auraient pas contracté sans la garantie de la clause monétaire et donc que le caractère impulsif et déterminant de cette clause doit être présumé. La règle sera donc la nullité totale du contrat, sauf preuve que la clause n'était pas essentielle dans l'intention des parties (4).

Un certain nombre d'auteurs enseignent, cependant, que le critère dégagé ci-dessus n'a lieu de s'appliquer que lorsque le contrat ne contient pas une clause de résiliation expresse pour le cas où la clause

76. - (1) J. Cl. Civ., art. 1895, fasc. B.3, n° 11. Dans le même sens : Lévy, J.C.P., 1959, n° 1472.

(2) *Op. cit.*, p. 393, *in fine*. V° également, presque dans les mêmes termes, Malaurie, L'ordre public et le contrat, p. 247. Dans leur généralité, ces affirmations sont certainement excessives.

(3) Journ. Not., 1959, art. 45986, p. 757.

(4) V° en ce sens : H.-L. et J. Mazeaud, t. II, 2e éd., p. 786, n° 880 ; Noirel, L'influence de la dépréciation monétaire dans le contrat de droit privé, *in* Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée, Etudes publiées sous la direction de Paul Durand, 1961, p. 138 ; J.-Ph. Lévy, J.C.P., 1959, n° 1472 ; Hubrecht, *op. cit.*, p. 356.

monétaire ne serait pas respectée (5). Dans cette hypothèse il faut, disent-ils, se conformer à la volonté des parties et à l'article 1134 du Code civil. Si la stipulation est claire, la résiliation du contrat doit être prononcée sans aucun doute :

> « Lorsque les contractants ont formellement stipulé que l'annulation de la clause entraînerait la disparition du contrat, aucune raison n'existe de ne pas tenir compte de leur volonté certaine » (6).

Nous ne pouvons nous rallier à cette opinion. Il nous semble évident, en effet, que, si la clause monétaire est nulle, la condition résolutoire qui la sanctionne subit inéluctablement le même sort. N'est-ce pas très exactement l'une de ces conditions « d'une chose... prohibée par la loi » qu'annule l'article 1172 ? La justification de cette nullité peut être trouvée par différentes argumentations. La clause résolutoire est une sanction de l'inexécution de la clause monénaire. Elle équivaut donc à une clause pénale. Or, lorsque l'exécution de la clause monétaire est illicite, la disposition qui tend à obtenir cette exécution l'est nécessairement aussi, soit en vertu des règles générales, la clause résolutoire ayant une cause illicite, soit en vertu de l'article 1227, al. 1er :

> « La nullité de l'obligation principale (en l'occurrence l'exécution de la clause monétaire) entraîne celle de la clause pénale (ici, la clause résolutoire). »

Est-ce à dire alors que le fait d'assortir la clause monétaire d'une clause de résiliation expresse n'a aucune incidence, étant donné qu'elle subira le même sort que la clause monétaire elle-même ? Non ! Mais le seul effet que l'on puisse reconnaître à l'existence d'une telle clause, c'est qu'elle constitue un indice — mais un indice seulement, et non une preuve complète — qu'aux yeux des parties la clause monétaire était une condition impulsive et déterminante. Le plus souvent, le résultat final est le même que celui auquel aboutissent ces auteurs : le contrat est anéanti en entier. Mais d'après leur système cet anéantissement est automatique, le juge étant lié par la clause résolutoire. Or, celle-ci est nulle. Il y a donc une différence importante dans la motivation de ce résultat.

b) *Les solutions jurisprudentielles.*

77. — Il nous reste maintenant à entreprendre, à la lumière des conclusions proposées par les auteurs, le dépouillement d'une jurisprudence considérable. En l'absence de texte spécial en la matière,

76. - (5) Cf. CAPITANT, D.H., 1927, chr., p. 1, et D.H., 1928, chr., p. 55 ; Planiol et Ripert, t. VII, par ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, nos 1171, p. 573 ; HUBRECHT, J. Cl. civ., art. 1708-1762, fasc. 28, nos 61 ss. ; J. Cl. Civ., art. 1895, fasc. B.3, nos 9 ss.

(6) Cf. Planiol et Ripert, t. VII, précité.

c'est effectivement à l'article 1172 que les arrêts ont généralement eu recours (1). On pourrait donc s'attendre à trouver deux séries de décisions ; d'une part, une majorité importante d'arrêts et de jugements ayant annulé le contrat tout entier parce que la clause monétaire en était la condition impulsive et déterminante, et, d'autre part, quelques rares décisions en sens contraire, la clause en question ayant exceptionnellement joué un rôle accessoire d'après l'intention des parties. La réalité est cependant toute différente. C'est en QUATRE CATÉGORIES PRINCIPALES de décisions que nous croyons pouvoir répartir la masse considérable de la jurisprudence. L'étude de ces quatre groupes sera révélatrice. Les leçons que l'on pourra en tirer revêtiront une importance capitale, non seulement dans le cadre de l'étude des clauses monétaires, mais, de façon générale, pour l'ensemble du problème de l'étendue de la nullité dans les actes à titre onéreux.

78. — Dans un PREMIER GROUPE nous plaçons les décisions qui ont annulé les clauses monétaires sans se poser aucun problème en ce qui concerne le sort des contrats eux-mêmes. De prime abord, cette attitude paraît surprenante. En réalité, la question du sort du contrat principal ne se pose pas dans tous les cas. Plus exactement : il n'y a pas toujours un intérêt véritable à la poser. Tel est le cas chaque fois que la nullité de la clause monétaire n'est invoquée qu'à l'échéance du contrat. Cette circonstance se rencontre essentiellement en matière de prêt, qui a donné lieu à une abondante jurisprudence. Que le contrat soit nul ou valable, le capital prêté doit être restitué. Le seul problème concerne son montant, qui sera différent selon que la clause monétaire est nulle ou valable. Ainsi s'explique le fait que, dans ce cas, la nullité du contrat ne soit pas invoquée (1). Mais dans d'autres hypothèses, l'absence de demande reconventionnelle en nullité du contrat s'explique beaucoup moins aisément, notamment lorsqu'il s'agit d'un contrat de bail (2), d'une rente viagère (3) ou encore d'un contrat de travail (4). De façon générale, lorsque le contrat comporte des prestations périodiques et que la nullité de la clause moné-

77. - (1) Mis à part le courant jurisprudentiel modeste et sans conséquences qui s'est fondé sur l'article 1591 pour annuler le contrat tout entier : cf. *supra*, n° 75 et la note 2. Mais cette tendance est négligeable.

78. - (1) Cf. par exemple : Dijon, 25 juin 1953, D. 1953, p. 582 ; Civ. 3 novembre 1953, D. 1954, p. 1, note SAVATIER, J.C.P., 1953, n° 7840, note MIHURA ; Douai, 16 novembre 1954, G.P., 1955.I.78 ; Rennes, 13 avril 1954, G.P., 1954.II.64 ; Toulouse, 11 mars 1954, G.P., 1954.I.385 ; Grenoble, 23 février 1954, G.P., 1954.I.372.

(2) Cf. T.C. Seine, 21 novembre 1928, D.H., 1929, p. 44 ; T.C. Seine, 14 février 1938, D.H., 1938, p. 315 ; Com., 15 novembre 1950, D. 1951, p. 21 ; Com., 4 mars 1964, D. 1964, p. 385, J.C.P., 1964, n° 13713, note ESMEIN.

(3) Cf. T.C. Seine, 13 avril 1928, D.H., 1929, p. 307.

(4) Cf. Soc., 22 novembre 1951, Bull., 1951.III, n° 762, p. 533.

taire est invoquée en cours de contrat, le créancier aurait intérêt à demander reconventionnellement la nullité du contrat. Nous ne voyons à son inaction qu'une seule explication : la notion de nullité partielle, avec ses conséquences quant à l'étendue de la nullité, ne fait pas encore partie de l'arsenal habituel des juristes français, qu'ils soient théoriciens ou praticiens. Ceux-ci n'ont pas l'habitude de s'interroger systématiquement sur les deux problèmes qui se posent : nullité de la clause — sort du contrat. La conséquence en est que fréquemment les défendeurs dans une action en nullité de la clause monétaire ne pensent pas à la possibilité de demander reconventionnellement la nullité du contrat lui-même.

Ce premier groupe de décisions ne présente donc aucun intérêt dans notre débat, sauf, précisément, par leur caractère lacunaire, qu'il était intéressant de relever (5). Il faut bien se rendre compte, cependant, que ces décisions, qui ne se prononcent que sur la nullité de la clause monétaire, n'impliquent nullement que le contrat sera, en définitive, maintenu. Il s'agit de deux questions de droit tout à fait distinctes. Aussi bien, le plaideur qui aura obtenu la nullité de la clause litigieuse pourra-t-il se voir actionné par son adversaire, dans un nouveau procès, en nullité du contrat lui-même. Un jugement du Tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer, du 18 mai 1962 (6) a très bien aperçu cette dualité lorsque, prononçant la nullité d'une clause d'indexation sans statuer sur le sort du contrat, il donne acte au vendeur de ce qu'il se réserve de demander l'annulation du contrat lui-même (7).

79. — Le DEUXIÈME GROUPE est formé par les décisions qui annulent le contrat tout entier, estimant que la clause nulle a été une condition impulsive et déterminante aux yeux des parties. Cette jurisprudence, conforme au vœu de la doctrine dominante, est abon-

78. - (5) Nous avons déjà relevé une telle lacune dans un certain nombre de décisions en matière d'actes à titre gratuit : cf. *supra*, n° 47. Le phénomène est en effet général.

(6) G.P., 1962.II.198. Dans le même sens : Paris, 22 février 1924, D.P., 1924.II.17, note LALOU.

(7) A l'inverse des décisions de ce premier groupe, on en trouve quelques-unes qui annulent, cette fois, le contrat tout entier, en présence d'une clause monétaire nulle, sans donner d'explications à ce sujet. Cf. T.C. Somme, 25 juin 1927, D.H., 1927, p. 411 ; Aix, 5 juillet 1929, G.P., 1929.II.545. Comp. Paris, 30 avril 1958, J.C.P., 1959, n° 11015 et D. 1958, p. 553. Ici les parties, au lieu de n'avoir aperçu qu'un seul des deux problèmes, les ont au contraire confondus. Les conséquences sont plus graves car le contrat est définitivement annulé, alors que précédemment l'oubli ou l'erreur pouvait être réparé. Ces décisions ne sont pas à confondre avec celles que nous avons citées *supra*, note 2 n° 75, qui justifient la nullité totale par le recours à l'idée d'indétermination du prix (art. 1591).

dante (1). Mais est-elle réellement le cas normal, le principe, comme le voudrait la doctrine ? D'après elle, en effet, le caractère impulsif et déterminant de la clause monétaire doit être présumé. Si cette opinion se vérifie, les cas dans lesquels cette clause peut être considérée comme accessoire aux yeux des parties seront donc exceptionnels. Pourtant, la jurisprudence n'a jamais exprimé cette idée de présomption. Aussi sera-t-il particulièrement intéressant d'examiner une troisième catégorie de décisions, qui, précisément, refusent d'annuler le contrat tout entier au motif que la clause monétaire nulle n'en était pas une condition impulsive et déterminante.

80. — Les motivations des décisions de ce TROISIÈME GROUPE sont assez variées. Tantôt les juges constatent qu'en réalité les parties n'ont pas exécuté la clause pendant un certain temps et se sont contentées de la valeur nominale. Ils en concluent alors que cette clause ne jouait pas un rôle capital dans l'intention des parties, sinon le contractant intéressé n'aurait pas manqué d'en réclamer l'exécution (1). Tantôt ils estiment que la clause en question n'était qu'une clause de style à laquelle les parties n'avaient pas, lors de la conclusion du contrat, attaché grande importance (2). Parfois, enfin, la qualification de condition impulsive et déterminante est repoussée parce que la clause a été greffée sur le contrat postérieurement à sa conclusion (3) ou a été consignée dans un écrit distinct, dans une contre-lettre (4). Mais, en dehors de ces décisions, qui sont motivées — peu importe

79. - (1) T.C. Belfort, 10 mars 1926, D.H., 1926, p. 373 ; T.C. Seine-et-Marne, 5 novembre 1926, D.H., 1926, p. 559 ; T.C. Laval, 19 février 1927, G.P., 1927.I.478 ; T.C. Seine, 6 avril 1927, D.H., 1927, p. 296 ; T.C. Seine, 14 mai 1927, D.H., 1927, p. 409 ; T.C. Lyon, 25 juin 1927, G.P., 1927.II.730 ; T.C. Mâcon, 7 mars 1928, G.P., 1928.I.681 ; Nîmes, 2 décembre 1929 et Req., 22 décembre 1930, G.P., 1931.I.57 et S. 1932.I.6 ; Civ., 24 juillet 1939, G.P., 1940.I, Table *v°* Paiement, n° 6 ; Grenoble, 3 novembre 1942, J.C.P., 1943 (éd. N.), n° 2155, G.P., 1943.I.31 ; Req., 12 décembre 1945, G.P., 1946.I, Table, *v°* Paiement, n° 1 ; Paris, 4 mai 1951, G.P., 1951.II.61 ; T.G. Gien, 18 juillet 1952, J.C.P., 1953.IV, p. 142 ; T.C. Lille, 21 juillet 1952, D. 1953, Somm., p. 45, J.C.P., 1953.IV, p. 40 ; Orléans, 22 juillet 1953, D. 1953, p. 655 ; Com., 20 décembre 1961, Bull., 1961.III, n° 495, p. 433 ; T.G.I. Soissons, 5 janvier 1966, D. 1967, p. 704, note EDELMAN.

80. - (1) Cf. en ce sens : Besançon, 6 décembre 1929, G.P., 1930.I.282 ; T.C. Seine, 9 décembre 1929, G.P., 1930.I.282 ; Besançon, 10 novembre 1930, G.P., 1931.I.22 ; Civ., 21 novembre 1932, G.P., 1933.I.190, D.H., 1933, p. 19 ; Req., 27 novembre 1933, D.H., 1933, p. 585, G.P., 1934.I.160 ; Req., 30 avril 1934, S. 1934.I.216, G.P., 1934.II.434 en sous-note ; Req., 25 juin 1934, G.P., 1934.II.432 ; Lyon, 31 octobre 1938, D.H., 1938, p. 604, J.C.P., 1938, n° 889.

(2) Cf. en ce sens : T.C. Melun, 5 juin 1924, D.P., 1924.II.97 ; T.C. Seine, 9 décembre 1929, G.P., 1930.I.282 ; Civ., 21 novembre 1932, G.P., 1933.I.190, D.H., 1933, p. 19.

(3) T. Com. Seine, 6 janvier 1937, G.P.,1937.I.465.

(4) Toulouse, 11 mai 1931, D.P., 1931.II.81, note LOUP, S. 1932.II.49, note MESTRE, G.P., 1931.II.392.

pour le moment la valeur de ces motivations — il en est d'autres, en nombre assez considérable, qui, comme les précédentes, n'annulent que la clause litigieuse, mais sans, cette fois, étayer leur solution de justifications bien précises. Elles se contentent de se référer à l'intention des parties (5).

L'impression d'ensemble qui se dégage de cette abondante jurisprudence refusant d'annuler le contrat, c'est qu'elle cherche, par tous les moyens, à maintenir le contrat, amputé de la clause monétaire nulle. Elle exploite le moindre prétexte pour déclarer que la clause en question n'était pas une condition impulsive et déterminante. Ces décisions sont donc en contradiction évidente avec l'opinion des auteurs selon laquelle il y a lieu de présumer que la clause monétaire a été une condition *sine qua non* du contrat.

> « Nous avons peine à croire, écrit, dès 1926, M. Voirin (6), que les magistrats aient été dupes de la faiblesse de leurs motifs : ils ont obéi à quelque raison secrète, qu'il faut découvrir pour expliquer — sinon pour justifier — leur décision. »

Une telle « raison secrète » existe-t-elle ? Une idée exprimée dans quelques décisions permet de le penser. Cette idée sera, nous semble-t-il, non seulement une explication, mais aussi une justification, contrairement à ce que craignait cet auteur.

81. — Un QUATRIÈME GROUPE de décisions refuse, en effet, catégoriquement d'annuler le contrat, peu importe que la clause ait été essentielle pour les parties ou non. En réalité, ce dernier courant jurisprudentiel est très modeste. Nous n'avons relevé que deux décisions qui ont pris position plus ou moins nettement (1). De plus, elles sont anciennes, si l'on se souvient que le problème ne se pose réellement que depuis la première guerre mondiale. Enfin, la plupart des auteurs, et notamment les annotateurs cités, les ont vigoureusement critiquées. Malgré tous ces facteurs, au total assez décourageants, nous considérons que l'idée contenue dans ces décisions, et en particulier dans l'arrêt de la Cour de Rouen, est d'un intérêt capital. Elle fournit, semble-t-il, la solution de l'énigme posée par la catégorie jurisprudentielle précédente.

80. - (5) Cf. entre autres : T.C. Nice, 18 mai 1926, S. 1926.II.87 ; Paris, 18 novembre 1926, G.P., 1927.I.82 ; Paris, 23 mars 1927, G.P., 1927.I.708 ; T.C. Seine, 27 avril 1933, D.H., 1933, p. 375 ; T.C. Rouen, 6 janvier 1939, G.P., 1939.I.671, S. 1941.II.9, note MESTRE ; T.C. Seine, 20 décembre 1947, G.P., 1948.I.56, R.T.D.Civ., 1948, p. 346, n° 28, obs. MAZEAUD. V° au contraire pour un arrêt extrêmement bien motivé : Amiens, 28 juillet 1961, J.C.P., 1961, n° 12299, D. 1961, p. 726, R.T.D.Civ., 1962, p. 356, Journ. Not., 1962, p. 214.

(6) Rev. crit., 1926, p. 349.

81. - (1) T.C. Seine, 17 mars 1919, D.P., 1924.II.17, note LALOU ; et surtout Rouen, 16 novembre 1922, S. 1926.II.49, note ROUSSEAU, et D.P. 1926.II.57, note CAPITANT.

« Attendu, dit la Cour de Rouen,... que la nullité (de la clause) imputable au bailleur seul qui l'a imposée, ne peut avoir pour effet de le libérer de ses propres obligations par l'annulation, à son profit, du bail lui-même, ce qui lui permettrait d'atteindre ainsi, par une voie indirecte tout ou partie de l'avantage illicite qu'il a voulu s'assurer. »

L'innovation qu'implique ce raisonnement est fondamentale : il s'agit du rejet pur et simple de toute recherche d'intention, de tout recours à la notion de condition impulsive et déterminante. Si la clause monétaire est seule annulée, c'est, cette fois, pour assurer l'efficacité de la sanction et non plus pour respecter les intentions des parties. Le raisonnement est le suivant : quel que soit le fondement immédiat de la nullité des clauses monétaires, la raison profonde de cette nullité réside dans l'atteinte qu'elles portent à l'ordre public économique, plus précisément dans le danger inflationniste qu'elles représentent. Dans de telles circonstances, la sanction doit avant tout être économiquement efficace, ce que ne serait pas — bien au contraire — la nullité totale du contrat. Le bailleur ou le prêteur, qui ont imposé une clause monétaire, ne doivent en aucun cas être déchargés de leurs propres obligations, ce qui leur permettrait de rééditer immédiatement leurs exigences illicites auprès de cocontractants peut-être moins bien renseignés sur leurs droits ou moins courageux. Une règle générale se dégage de ce raisonnement : le problème de l'étendue de la nullité ne peut être résolu conformément au principe de l'autonomie de la volonté que si les conséquences qui en résultent ne sont pas en contradiction avec les exigences de l'ordre public. L'une de ces exigences, c'est que la sanction soit efficace.

c) *Appréciation critique de la jurisprudence et solution proposée.*

82. — En l'absence de directive explicite, la jurisprudence se montre, de façon générale, assez timide lorsqu'il s'agit de tirer les conclusions des impératifs de l'ordre public en matière de nullité. Elle préfère s'en tenir au critère traditionnel. Il est vrai que sa tâche est difficile : elle devrait rechercher non seulement quand l'ordre public exige que les règles traditionnelles soient écartées, mais aussi quelle est la sanction efficace correspondante. Ce peut être une nullité totale là où le principe d'autonomie voudrait une nullité partielle, ou, inversement, comme dans notre hypothèse, une nullité partielle alors que l'analyse des intentions amènerait une nullité totale.

« Les juges, observe M. Malaurie (1), préfèrent habiller l'ordre public avec une prétendue volonté contractuelle ; ils continuent à présenter des règles impératives sous forme d'interprétation de volonté tacite, en suivant une sorte de réflexe héréditaire. »

82. - (1) *Op. cit.*, p. 248. V° également FARJAT, *op. cit.*, p. 394 ; KHALIL, *op. cit.*, pp. 293 ss.

« ... bon gré, mal gré, écrit M. le Doyen Voirin (2), le dilemme pèse de toute sa force logique sur leurs sentences et les fixe dans le sens du maintien du contrat ».

Voilà trouvée cette explication de la jurisprudence de la catégorie précédente, qui annulait la seule clause monétaire comme n'ayant pas été la condition impulsive et déterminante du contrat, sans cependant motiver cette solution de façon satisfaisante. Il semble que les magistrats aient senti, en quelque sorte intuitivement, que la solution souhaitable et raisonnable était la nullité de la seule clause et qu'ils aient transposé en toute bonne foi ce sentiment dans la réalité, au moyen d'une interprétation de volonté.

Quoiqu'il en soit, il se dégage de l'ensemble de cette jurisprudence relative aux clauses monétaires une impression de grande incertitude. En effet, si le problème de la validité des clauses est, à l'heure actuelle, à peu près clarifié, depuis les ordonnances de 1958-1959, même si des controverses subsistent sur des points de détail, celui de l'étendue de la nullité reste particulièrement obscur. Sous une motivation qui, souvent, ne résiste pas à l'examen, on découvre des solutions contradictoires. Les magistrats ont préféré s'abriter derrière le traditionnel principe d'autonomie, assez souple pour autoriser toutes les motivations.

83. — La solution de ce problème nous semble effectivement résider dans le caractère d'ordre public de la prohibition de certaines clauses monétaires. Il faut alors pousser le raisonnement jusqu'au bout, au lieu de s'arrêter à mi-chemin. Lorsqu'une stipulation quelconque est prohibée par l'ordre public, elle doit être annulée. Si le sort du contrat qui renfermait cette stipulation est indifférent à l'ordre public, il devra être déterminé d'après le principe d'autonomie, d'après les intentions des parties. Mais si, au contraire, le même ordre public exige que le contrat soit, en toute hypothèse, maintenu ou annulé intégralement, pour que la sanction atteigne réellement son but, cette conséquence doit être admise. Car pourquoi aurait-on des règles qualifiées d'ordre public si on ne sanctionnait leur inobservation qu'en apparence, si la sanction appliquée n'atteignait pas le but visé par la règle en question ? L'une des caractéristiques de l'ordre public n'est-elle pas précisément de faire échec à la volonté des parties ? Si cela est vrai en matière de formation ou d'exécution des contrats, pourquoi ne le serait-ce pas lorsqu'un problème d'étendue de la nullité se pose ?

Les difficultés que présente cette question de l'étendue de la nullité en matière de clauses monétaires relèvent autant de la politique économique que du droit civil. Une solution législative aurait donc

82. - (2) Rev. crit., 1926, p. 361, *in fine*.

été opportune (1). Mais les ordonnances de 1958-1959 n'ont pas envisagé cet aspect du problème (2). En l'absence de directives particulières, la jurisprudence emploie les moyens dont elle dispose. Il est regrettable que les quelques décisions citées plus haut et qui, à la fois clairvoyantes et courageuses, ont tiré toutes les conséquences des impératifs de l'ordre public en matière monétaire, n'aient pas eu de suite. Elles n'en sont pas moins remarquables.

83. - (1) Un projet de loi envisageant le problème de l'étendue de la nullité avait été déposé à la Chambre des députés le 26 janvier 1924 par le gouvernement Poincaré. On y lisait :

« Est nulle toute clause d'un contrat qui fait état pour le calcul d'une somme payable en monnaie légale des variations pouvant affecter la valeur de ladite monnaie, eu égard au cours des devises étrangères. Toutefois la nullité de cette clause n'entraîne pas celle de la convention. » (Cité par M. VOIRIN, Rev. crit., 1926, p. 362.)

Ce projet n'a jamais été voté. Quelle que soit sa valeur, il avait du moins le mérite d'envisager un problème qu'aucun texte en cette matière n'a plus abordé depuis.

(2) Un auteur récent, M. VIRAVAUD (Le caractère d'ordre public des lois sur les baux commerciaux, thèse Paris, 1960, pp. 174 *in fine* et 175), pense que les textes de 1958-1959 ont apporté une solution au problème de l'étendue de la nullité, dans le sens de la nullité partielle impérative :

« Cette solution qui consiste à effacer la clause pour éviter la nullité du bail tout entier a été consacrée par un texte récent, dit-il. L'article 79, al. 3 *in fine*, de l'ordonnance du 30 décembre 1958, modifié par l'article 14 de l'ordonnance du 4 février 1959... »

L'affirmation est trop grave pour pouvoir être négligée. Que dit ce texte ? Il stipule :

« Dans les dispositions statutaires ou conventionnelles en cours, les clauses prévoyant de telles indexations CESSENT DE PRODUIRE EFFET au-delà du niveau atteint lors de la dernière revalorisation antérieure au 31 décembre 1958 lorsque ces dispositions concernent directement ou indirectement des obligations réciproques à exécution successive. »

Et cet auteur en conclut :

« Il faut souligner l'expression " cessent de produire effet " qui signifie que la clause est effacée sans qu'il puisse en résulter une quelconque atteinte à la validité du bail. »

L'erreur est manifeste. Ce texte concerne précisément, à l'inverse du passage qui le précède, les clauses VALABLES antérieurement et qui NE SONT PAS ANNULÉES par la loi nouvelle, qui n'est pas rétroactive. Nous ne voyons pas en quoi ce texte peut être invoqué en faveur de la nullité partielle impérative. Il décide simplement que les clauses désormais prohibées et se trouvant dans des actes antérieurs à la loi ne peuvent plus être exécutées. Il distingue ainsi très bien — ce qui est d'autant plus remarquable que c'est rare — le domaine de la nullité de celui de l'inexécution. Et M. Viravaud confond précisément ce que, pour une fois, le législateur a pris la peine de distinguer. Rien dans ce texte n'interdit, d'ailleurs, au créancier de demander éventuellement la résolution du contrat en cours pour inexécution de la clause monétaire, inexécution due à un fait du prince ; mais il lui faudra prouver alors que la clause était déterminante pour lui. En aucun cas il ne pourra être question de nullité, ni de la clause, ni du contrat.

Cette étude des clauses monétaires est particulièrement significative des difficultés que rencontre la jurisprudence, livrée à elle-même, lorsqu'un problème d'étendue de la nullité se pose. D'autres exemples nous le confirmeront. C'est dans cette perspective plus générale autant que dans celle de l'étude des clauses monétaires elles-mêmes que l'étendue de ces développements trouve sa justification.

2) La clause compromissoire.

84. — A propos de la clause compromissoire, il y a lieu, selon un schéma désormais invariable, de distinguer deux problèmes : quand une clause par laquelle les parties désignent des arbitres pour trancher leurs litiges éventuels est-elle nulle, et quelle est l'étendue de cette nullité ? Mais, au sujet de cette clause, une troisième question s'ajoute aux deux précédentes : la nullité de la convention principale entraîne-t-elle, le cas échéant, celle de la clause compromissoire ?

A la première question, qui n'entre pas réellement dans notre sujet, il suffira de répondre par des indications sommaires. La clause compromissoire est nulle en droit civil interne. Elle est, en revanche, largement admise en droit commercial (1), ainsi qu'en matière internationale. A propos des actes mixtes, une controverse très vive s'est élevée, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence. Pour les uns, c'est le droit commun des actes mixtes qu'il faut appliquer : seule la partie non commerçante pourra invoquer la nullité de la clause (2). Pour les autres, l'article 631 al. 2 du Code de commerce est un texte dérogatoire au droit commun et doit, par conséquent, être interprété restrictivement. Donc, la clause compromissoire est nulle de nullité absolue, vis-à-vis des deux contractants (3). Il semble qu'il s'agisse là d'un véritable dialogue de sourds, les partisans des deux tendances invoquant tour à tour, en leur faveur, la doctrine et la jurisprudence dominante (4). Il est souhaitable que l'arrêt précité de la Cour de Cassation du 2 décembre 1964, qui se prononce pour la nullité absolue de la clause, ait définitivement clos ce débat. Mais il reste alors à déterminer l'étendue de la nullité prononcée. Et ce problème est

84. - (1) Article 631 du Code de commerce.
(2) En ce sens : Alger, 6 juillet 1932, G.P., 1932.II.719 ; Paris, 29 juin 1955, J.C.P., 1956, n° 9524, note Motulsky, G.P., 1956.II.258 ; T.C. Seine, 1er juillet 1957, D. 1958, Somm., p. 124, G.P., 1958.I.85. M. Motulsky défend vigoureusement cette thèse : cf. note précitée, ainsi que les notes citées *infra*. V° dans le même sens la note de M. Prévault au S. 1961, p. 217.
(3) En ce sens : Paris, 11 juin 1947, S. 1949.II.57, note Solus, J.C.P., 1947.II.3840, note Ginioux ; Lyon, 11 février 1952, D. 1952, p. 222 ; T.C. Seine, 7 juin 1956, G.P., 1956.II.197, J.C.P., 1956, n° 9460, note Motulsky ; Paris, 17 décembre 1957, J.C.P., 1958, n° 10778, note Motulsky ; Amiens, 17 février 1960, G.P., 1960.II.18 ; Com., 2 décembre 1964, D. 1965, p. 412, J.C.P., 1965, n° 14041, note P. L. ; G.P., 1965.I.79.
(4) Cf. notes Motulsky précitées ; Saint-Alary, J. Cl. Com., art. 631, n° 104.

double, cette fois : incidence de la nullité de la clause sur le contrat — incidence de la nullité du contrat sur la clause.

a) *Incidence de la nullité de la clause sur le contrat.*

85. — La nullité de la clause compromissoire peut-elle entraîner celle du contrat ? De prime abord, on serait tenté de dire que la réponse négative est évidente. Par essence même, cette clause règle une question objectivement tout à fait accessoire : celle de la compétence en cas de litige. C'est seulement dans cette éventualité que la clause doit jouer un rôle effectif. Il est donc peu probable que les parties aient attaché une importance primordiale à cette disposition. Cela explique que ni les auteurs, ni la jurisprudence ne se préoccupent généralement de ce problème.

> « Attendu, dit la Cour de Limoges, dans un arrêt du 12 octobre 1928 (1), que la clause critiquée n'intéresse pas dans son essence le contrat intervenu entre R... et M... ; que cette clause n'envisageait qu'une possibilité, c'est-à-dire un événement qui ne se serait pas produit si R... eût été à même de remplir ses engagements ; que R... ne peut donc pas soutenir que le contrat de vente... dépendait d'une condition illégale entraînant la nullité totale, puisque cette condition n'était pas inéluctable et ne prévoyait que le règlement de difficultés auxquelles le contrat pouvait donner lieu, mais ne devait pas forcément donner lieu. »

Tout récemment, pourtant, le 19 janvier 1967, la Cour suprême (2) a cassé un arrêt qui avait considéré une clause compromissoire comme accessoire dans l'intention des parties, alors qu'elle était « stipulée déterminante, sans laquelle les parties n'auraient pas contracté ». L'annulation totale du contrat, par répercussion de la nullité de la clause compromissoire, n'est donc pas une pure hypothèse d'école. De façon générale, aussi improbable que puisse être, en notre matière, une solution, il faut toujours éviter de systématiser ce qui n'est que la solution la plus courante.

b) *Incidence de la nullité du contrat sur la clause : le problème de l'autonomie de la clause compromissoire.*

86. — La nullité de la convention emporte-t-elle automatiquement celle de la clause compromissoire ? En d'autres termes — et c'est ainsi que le problème s'est posé en pratique — les arbitres désignés dans

85. - (1) D.P., 1931.II.49, note Baudouin. En l'espèce, les parties, toutes deux françaises, avaient attribué la compétence « exclusive » à des juges étrangers. L'annotateur précité se demande si le terme « exclusive » ne signifie pas que la clause avait une importance essentielle. Il répond, en fin de compte, négativement. Mais il nous semble qu'il va chercher bien loin une justification de l'arrêt.

(2) Com., 19 janvier 1967, Bull., 1967.III, n° 39, p. 34.

une clause valable seront-ils incompétents lorsque le litige porte sur la nullité de la convention ? « *Accessorium sequitur principale* », dit-on généralement. Mais n'y a-t-il pas des exceptions à toute règle ? Les circonstances, il faut le reconnaître, sont tout à fait particulières. Les parties ont convenu de soumettre aux arbitres désignés tous leurs différends, sans aucune distinction, disent les uns. Pourtant, répondent les autres, si les arbitres statuent dans le sens de la nullité, cela n'implique-t-il pas nécessairement que leur propre compétence est inexistante, donc leur sentence nulle ?

Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que la jurisprudence et la doctrine soient divisées. Les décisions qui refusent aux arbitres la compétence lorsque le litige porte sur la nullité du contrat, qui appliquent par conséquent la maxime « *Accessorium sequitur principale* », sont incontestablement les plus nombreuses (1).

> « Mais attendu que, s'agissant d'une action tendant à faire déclarer la nullité de l'association, le litige, qui mettait en cause la validité de la clause compromissoire contenue dans les statuts, devait être soumis aux juges de droit commun, seuls compétents pour en connaître ; »,

décide l'arrêt de la Cour de cassation précité du 18 juin 1958. Au contraire, dans un arrêt plus récent, la Cour de cassation (2) estime :

> « ... qu'en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte ; ... »

87. — La doctrine dominante est plutôt favorable à cette dernière jurisprudence. Ainsi, selon M. Motulsky (1), la clause doit valoir pour le litige portant sur la validité de la convention. Non seulement ce litige est de ceux que les parties ont envisagés lorsqu'elles ont conclu le contrat, mais adopter la solution contraire, c'est-à-dire ne pas

86. - (1) Cf. Com., 17 juillet 1951, J.C.P., 1952, n° 7150, note D. B. ; Lyon, 30 avril 1951, D. 1951, p. 610 ; Com., 6 octobre 1953, S. 1954.I.149, note Robert, J.C.P., 1954, n°8293 ; T.C. Seine, 7 juin 1956, J.C.P., 1956, n° 9460, note Motulsky ; Com., 14 octobre 1957, Bull., 1957.III, p. 213 ; Com., 28 janvier 1958, Bull., 1958.III, n° 49, p. 40, G.P., 1958.I.283 ; Com., 18 juin 1958, Bull., 1958.III, n° 254, p. 208 ; Com., 11 janvier 1960, Bull., 1960.III, n° 16, p. 12.

(2) Civ., 7 mai 1963, Bull., 1963.I, n° 246, p. 208, D. 1963, p. 545, note Robert. Cf. également Paris, 28 mai 1952, G.P., 1952.II.93 ; Paris, 21 février 1964, D. 1964, Somm. 104, G.P., 1964.II.226 ; T.G.I. Seine, 16 juin 1965, D. 1966, Somm. 31, G.P., 1965.II.427 ; Orléans, 15 février 1966, D. 1966, p. 340, note Robert. Comp. : Com., 22 février 1949, J.C.P., 1949, n° 4899, note Motulsky.

87. - (1) Cf. chronique au J.C.P., 1954, n° 1194.

admettre la compétence des arbitres lorsque le litige porte sur la nullité,

> « constitue, selon cet auteur, un véritable encouragement à l'obstruction... La simple affirmation de la nullité et, corrélativement, la simple négation de la conclusion du contrat comportant la clause, suffiraient donc, même si elles étaient fantaisistes, à lier les mains au tribunal ! Le danger est loin d'être imaginaire... »

A moins, ajoute-t-il, de faire une différence entre les contestations sérieuses et celles qui ne le sont pas. Ce dernier argument ne semble pas irréfutable : pour éviter ce danger, il suffirait que les tribunaux de droit commun, saisis d'une action de ce genre, se contentent de statuer sur la nullité et, en cas de rejet de la demande, se déclarent incompétents pour toute autre question. Ainsi le contractant de mauvaise foi n'aurait-il rien à gagner à soulever témérairement le problème de la nullité. Bien au contraire, il risquerait de perdre un procès, avec toutes les conséquences que cela comporte.

Un autre auteur, M. Robert, approuve pleinement l'arrêt de la Chambre civile du 7 mai 1963 (2) :

> « Rien dans les principes généraux du droit des obligations, dit-il, ne s'oppose formellement à ce qu'une des clauses du contrat apparaisse comme juridiquement autonome par rapport... au contrat principal. »

Bien que cet arrêt ne concerne que l'arbitrage international, l'auteur estime que la solution vaut également pour l'arbitrage interne. Ce qui importe avant tout, c'est ce qu'ont voulu les parties :

> « Or, l'une des plus essentielles difficultés parmi celles auxquelles peut donner lieu le contrat, fait-il observer, est précisément celle que crée sa nullité prétendue. De sorte que, de ne pas reconnaître l'autonomie en ce qu'elle permet de faire de l'arbitre le juge de la validité, revient à retirer à la clause compromissoire la majeure partie de l'objet auquel elle avait été destinée... Pour toutes les institutions juridiques, le sens de leur finalité est, à un moment donné, l'*ultima ratio.* »

Les observations de M. Robert nous paraissent tout à fait pertinentes. Lorsque, en effet, aucun principe supérieur ne s'y oppose, comme par exemple en matière de clauses monétaires, la volonté des parties et la finalité des institutions doivent être respectées. On ne saurait attribuer à la maxime « *Accessorium sequitur principale* » la valeur d'un tel principe supérieur. La clause compromissoire a une réelle valeur autonome. Son objet n'est-il pas totalement différent de celui

87. - (2) Cf. sa note sous cet arrêt au D. 1963, p. 545, et une note au S. 1954.I.149. Dans le même sens : Saint-Alary, J. Cl. Com., art. 631, n°° 146 s. V° également : Frédéric-Edouard Klein, Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international, Rev. crit.D.I.P., 1961, p. 579.

du contrat principal (3) ? Il faut, autant que possible, donner effet aux conventions des parties, à moins qu'on estime que la nullité de l'acte est une circonstance trop grave pour être de la compétence des arbitres. Mais seul le législateur pourrait le décider.

Si l'on reconnaît ainsi l'autonomie de la clause compromissoire (4), il faut faire logiquement un pas de plus. Les arbitres seront compétents pour statuer non seulement sur le litige concernant la nullité elle-même, mais également — si la nullité a été prononcée — sur les différends ultérieurs, relatifs à la liquidation de la situation de fait que laisse subsister le contrat nul : restitutions, dommages-intérêts... Cette solution serait à la fois logique et conforme à l'intention des parties et à la finalité de l'institution. Le caractère accessoire par nature de la clause compromissoire n'est pas plus un obstacle ici que précédemment (5).

3) Les clauses de non-responsabilité et de non-garantie.

88. — Au point de vue qui nous intéresse, les clauses de non-responsabilité et de non-garantie, assez voisines pour que nous puissions les grouper, présentent de grandes analogies avec la clause compromissoire : comme celle-ci, elles ne concernent en rien l'objet principal du contrat et, surtout, n'envisagent qu'une éventualité : celle d'un incident dans l'exécution du contrat. En outre, le problème de l'étendue de la nullité pourrait également, à propos de ces clauses, se poser de façon réciproque.

La nullité d'une telle clause peut-elle avoir une répercussion sur le contrat principal ? Les nombreux auteurs qui ont examiné le problème de la nullité de ces clauses n'ont guère envisagé cet aspect particulier. Nous avons pourtant relevé le passage suivant dans l'ouvrage

87. - (3) Cette remarque pourrait faire croire qu'un contrat assorti d'une clause compromissoire constitue un acte « complexe » au sens où nous entendons cette expression (cf. chapitre suivant). En réalité, il n'en est rien : la clause compromissoire est par nature même accessoire. Elle ne se conçoit pas en dehors d'un contrat principal, même si elle est contenue dans un acte distinct. Les qualificatifs d' « accessoire » et d' « autonome » ne sont donc pas foncièrement antinomiques, du moins dans ce cas précis.

(4) Une résolution en ce sens a été prise par le Congrès International de l'Arbitrage, à Paris, en 1961 : cf. Rev. arbitrage, 1961, pp. 48 ss.

(5) V° en ce sens une intervention de M. Battifol au Congrès International de l'Arbitrage précité, Rev. arbitrage, 1961, pp. 61 ss. Il ne semble pas que la jurisprudence se soit prononcée sur ce point. Mais on peut invoquer, par analogie, des arrêts qui ont admis que la clause compromissoire était applicable même aux litiges survenus après la résiliation d'un contrat : cf. Paris, 21 janvier 1965, J.C.P., 1965, n° 14432, note Boyer ; Civ., 25 novembre 1966, Bull., 1966.II, n° 927, p. 648, D. 1967, p. 359 (2e espèce), note Robert. Rappr. *infra*, n° 88 *in fine*.

classique sur les conventions d'irresponsabilité de Paul Durand (1), aux conclusions duquel nous nous rallions entièrement :

> « A supposer que la nullité de la clause soit, dans ce cas, reconnue, retentirait-elle sur l'ensemble du contrat ? Aux termes d'une jurisprudence formelle il ne pourrait en être ainsi que si la convention particulière conditionnait, « causait » le contrat tout entier... Or, la clause d'exonération ne joue pas normalement ce rôle, car la cause du contrat est l'obtention des prestations réciproques, et non l'irresponsabilité éventuelle. Il n'en serait autrement que dans les hypothèses exceptionnelles, mais concevables, où les parties auraient entendu subordonner leur engagement à la suppression des dommages et intérêts. »

Il ne semble pas que la jurisprudence ait eu à se prononcer sur ce problème (2). Voilà donc un cas de nullité d'une clause extrêmement fréquent, mais dans lequel l'étendue de la nullité n'a jamais donné lieu à discussion. Dans de telles circonstances on a tendance à oublier que les principes restent cependant applicables.

Quant à la répercussion éventuelle de la nullité du contrat sur une clause de non-responsabilité (3) valable, la question semble ne jamais avoir été soulevée. Elle n'est d'ailleurs susceptible de se poser que lorsque la clause envisage non seulement la responsabilité pour inexécution, mais toute responsabilité pouvant découler du contrat, ce qui ne sera, le plus souvent pas le cas. Si une clause rédigée en termes assez généraux pour englober, par exemple, la responsabilité découlant de la nullité elle-même, est reconnue intrinsèquement valable et si le contrat principal est nul, il faudrait, nous semble-t-il, par analogie avec ce que préconisait M. Battifol au sujet de la clause compromissoire, appliquer cette clause de non-responsabilité pour le préjudice résultant de la nullité du contrat. Un tel raisonnement ne serait

88. - (1) Des conventions d'irresponsabilité, thèse Paris, 1931, p. 475, n° 180. L'auteur a cependant tort, pensons-nous, d'avoir fait intervenir dans son raisonnement la notion de CAUSE. Celle de « CONDITION *sine qua non* » eût été plus opportunément invoquée. Sur la différence entre ces deux concepts, cf. *infra*, II[e] partie, n° 270.

(2) Un arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 1899, S. 1901.I.497, note TISSIER, D. 1900.I.361, admet, à propos d'une clause de non-garantie,

> « qu'un tel engagement est une condition nécessaire du droit transmis, lorsque, comme dans l'espèce, il a été déclaré en termes formels, dans l'acte de transmission, que, sans lui, l'aliénation de la superficie n'aurait pas eu lieu ».
>
> En l'occurrence cette clause était valable ; son caractère déterminant a été invoqué pour une autre raison que pour l'application de l'article 1172. Mais si elle avait été nulle, la nullité du contrat de vente aurait sans aucun doute dû s'ensuivre. Cet arrêt prouve donc que l'application de l'article 1172 à de telles clauses n'est pas une pure hypothèse d'école.

(3) La question ne semble pas pouvoir se poser en matière de clauses de non-garantie, puisque la nullité du contrat comporte restitution de l'objet au sujet duquel la clause a été stipulée.

contraire ni à la logique, ni, par hypothèse, à la volonté des parties (4). Et nous avons suffisamment insisté sur le fait que la maxime « *Accessorium sequitur principale* » ne doit pas être élevée au rang d'un principe général du droit positif.

II. — CLAUSES-TYPE SPECIFIQUES A CERTAINS CONTRATS.

89. — Les clauses de cette seconde catégorie ne se distinguent des précédentes que sur un point : leur domaine d'application est plus restreint. Au lieu d'être susceptibles de se greffer sur une grande variété de contrats, elles ne se conçoivent que dans le cadre de quelques contrats bien déterminés. La clause de non-concurrence, la clause d'exclusivité, le pacte commissoire et la clause de voie parée entrent dans cette rubrique.

1) La clause de non-concurrence.

90. — Cette clause se trouve fréquemment incluse dans les contrats de travail et, plus spécialement, dans les contrats de représentation, où les dangers de la concurrence sont particulièrement graves. Elle est généralement prévue, aussi, dans les cessions de fonds de commerce. Enfin, les associés introduisent parfois une telle clause dans le pacte social, pour le cas où l'un d'entre eux quitterait la société. Ces conventions portent atteinte à des libertés considérées comme fondamentales : les libertés du travail, du commerce et de l'industrie. Il est permis de renoncer à ces prérogatives, mais dans une certaine mesure seulement. La clause de non-concurrence n'est donc nulle que si elle est excessive (1), c'est-à-dire si elle constitue une aliénation trop grave de la liberté, à la fois dans le temps et dans l'espace. A ce sujet, une double évolution de la jurisprudence se dessine.

Une première tendance se caractérise par un resserrement des limites dans lesquelles la clause est valable. Il en résulte que des clauses qui, il y a un siècle, eussent été jugées parfaitement valables, sont aujourd'hui annulées. D'après le critère primitif, une clause de non-concurrence n'était nulle que si elle n'était limitée ni dans le temps, ni dans l'espace :

88. - (4) Un tel résultat pourrait cependant paraître choquant dans le cas où la nullité aurait pour origine une faute ou la mauvaise foi caractérisée de l'une des parties (dol, par ex.). Mais il y a tout lieu de croire que, dans un tel cas, la clause de non-responsabilité serait atteinte du même vice que le contrat principal.

90. - (1) Cependant, le cas échéant, elle pourra être nulle pour une autre raison. Tel est le cas lorsqu'une convention collective stipule qu'une telle clause n'est valable que si elle prévoit une indemnité compensatrice et si cette indemnité n'a pas été prévue. Cf. Soc., 7 juillet 1967, Bull. 1967.IV, n° 535, p. 453 ; Soc., 1er février 1968, Bull., 1968.V, n° 76, p. 64 ; Soc., 27 mai 1968, Bull., 1968.V, n° 252, p. 210.

> « Attendu... que la restriction demeure licite lorsqu'elle est perpétuelle, mais limitée à un endroit déterminé, comme aussi lorsque, s'étendant à tous les lieux, elle ne doit être observée que pendant un certain temps, ... »

dit encore, reprenant une formule qui était devenue de style, un arrêt de la Chambre civile du 26 mars 1928 (2). Une telle solution était inique et ne tenait pas compte d'un facteur social important : l'intéressé se trouvait souvent dans l'impossibilité pratique d'exercer son métier. Au mieux, lorsque la clause était limitée dans l'espace, il se voyait contraint d'émigrer dans une autre région s'il ne voulait pas changer de profession. Aussi bien, un critère plus humanitaire s'est-il peu à peu substitué à la rigueur aveugle du précédent (3), rigueur qui était le fait plus particulièrement de la Chambre civile. C'est ainsi que, dès 1911, la Chambre des requêtes (4) annule une clause limitée à quatre ans et au territoire de la colonie indochinoise, au motif :

> « que H., qui est commerçant et n'a d'autre moyen d'existence que l'exercice de cette profession, était mis par une telle interdiction dans une véritable impossibilité de vivre »,

alors que la Chambre civile affirmait encore en 1936 (5) :

> « que l'incapacité de B. pour un emploi autre que celui qui était spécifié dans son engagement ne confère pas à l'interdiction stipulée, contrairement à ce qu'affirme la Cour d'Aix, un caractère général et illimité ».

Mais, les juridictions du fond persistant dans leur conception, le nouveau critère l'emporta devant la Chambre sociale, qui s'efforça de le préciser, notamment dans un arrêt de principe du 18 octobre 1952 (6).

> « Attendu en effet que, pour être valable, une clause de ce genre doit laisser au salarié la possibilité d'exercer normalement l'activité professionnelle qui lui est propre » (7).

90. - (2) D.P., 1930.I.145, note PIC. En ce sens également : Civ., 27 octobre 1936, D.H., 1936, p. 571 ; Civ., 18 juin 1945, D.H., 1945, p. 332 et la jurisprudence du XIX[e] siècle en général.

(3) Cf. G.-H. CAMERLYNCK, Traité de droit du travail, t. I : Le contrat de travail, pp. 214 s.

(4) Req. 17 mai 1911, D.P., 1913.I.342.

(5) Civ., 27 octobre 1936, D.H., 1936, p. 571.

(6) Soc., 18 octobre 1952, J.C.P., 1953, n° 7519, D. 1952, p. 795, R.T.D.Civ., 1953, p. 124, obs. CARBONNIER. Dans le même sens : Soc., 25 mai 1965, Bull., 1965.IV, n° 390, p. 322. Comp. Soc., 8 mai 1967, D. 1967, p. 690, note G. LYON-CAEN. V° également les références citées par M. CAMERLYNCK, *op. cit., loc. cit.*

(7) Si nous avons tenu à exposer de façon plus précise cette évolution de la jurisprudence, bien qu'elle ne concerne pas l'étendue de la nullité, c'est pour pouvoir confronter ultérieurement cette tendance avec les arrêts qui réduisent le champ d'application des clauses de non-concurrence excessives au lieu de les annuler. Cf. *infra*, Titre II, n°[s] 218 ss.

La seconde tendance jurisprudentielle, tout à fait récente cette fois, est plus remarquable encore. Il ne s'agit plus d'un simple changement de critère, mais d'une technique tout à fait différente : au lieu d'annuler une clause plus ou moins limitée, quelques arrêts récents en ont réduit les limites en maintenant son principe. Pour la logique de notre construction nous n'étudierons pas à cet endroit ce nouvel aspect du problème, étant donné qu'il s'agit d'une question de réduction d'une obligation excessive et non plus de la nullité d'une clause (8).

91. — Lorsqu'une clause de non-concurrence est annulée — ce qui, en fait, se produira beaucoup plus rarement si la seconde tendance jurisprudentielle précitée l'emporte définitivement (1) — cette nullité se répercutera-t-elle éventuellement sur le contrat principal ? Nous sommes amené à faire, à ce sujet, la même constatation qu'à propos des clauses de non-responsabilité et de non-garantie : le problème ne s'est guère posé en pratique. Cette coïncidence n'est d'ailleurs nullement fortuite : la clause de non-concurrence est-elle autre chose, en fin de compte, qu'un simple aménagement de la garantie (notamment en cas de vente de fonds de commerce) ou de la responsabilité (en cas d'interruption du contrat de travail) ?

En réalité, lorsqu'il s'agit d'un contrat de travail ou de représentation, le problème de l'étendue de la nullité ne peut guère se poser, pour des raisons très précises. S'il n'est pas inconcevable que la clause y ait joué le rôle d'une condition impulsive et déterminante — il suffit de supposer un industriel qui ne consent à engager un ingénieur et à l'initier à ses secrets de fabrication qu'à la condition expresse et essentielle qu'il souscrive à telle clause de non-concurrence —, le fait est cependant que la question de la nullité de la clause n'est en réalité soulevée qu'après que le contrat ait pris fin ou ait été rompu, au moment où le débiteur de l'obligation contractuelle de non-concurrence s'est réembauché ou veut le faire. Tant que le contrat dure, il n'a, en effet, aucun intérêt à demander la nullité de la clause : il risquerait de perdre sa place. Et lorsque le contrat a pris fin, on voit mal quel intérêt l'employeur pourrait avoir à en demander reconventionnellement la nullité.

En revanche, lorsque la clause nulle est contenue dans une cession de fonds de commerce, la question de l'incidence de cette nullité sur la vente elle-même semble parfaitement pouvoir se poser en pratique. Il n'est nullement impossible qu'un acheteur d'un fonds de commerce très spécialisé, par exemple, n'ait acquis ce fonds qu'à la condition

90. - (8) Cf. *infra*, Titre II, n^{os} 218 ss.
91. - (1) Cf. cependant *supra*, note 1 n° 90.

que le vendeur prenne un engagement très large de non-concurrence. Si cet engagement est nul il nous semble que rien ne s'opposerait à ce que l'acquéreur obtienne la nullité de la vente, conformément à l'article 1172.

La situation est théoriquement la même lorsque la clause est contenue dans un contrat de société. Mais ce qui était aisément concevable en matière de vente de fonds de ce commerce l'est beaucoup moins ici. Si effectivement les associés qui restent dans la société n'avaient pas conclu le contrat sans l'engagement de non-concurrence de celui qui en est sorti, ils disposent d'un autre moyen que de la demande reconventionnelle en nullité : ils peuvent dissoudre le contrat de société d'un commun accord. Si cet accord n'existe pas, n'est-ce pas justement la preuve que l'importance de la clause nulle n'était pas capitale ? En tout cas une telle demande n'est pas une pure hypothèse d'école. Dès lors, il n'était pas inutile d'envisager la solution.

A l'inverse, et de même qu'en matière de clauses compromissoires et de clauses de non-responsabilité, on peut poser le problème du sort de la clause de non-concurence en cas de nullité du contrat principal. Une telle clause peut ne pas être atteinte du même vice que le contrat. Et il est évident qu'elle garde, le cas échéant, toute son utilité pour l'employeur. On peut aisément concevoir qu'elle produise son effet, même dans ce cas.

2) La clause d'exclusivité.

92. — Traditionnellement, la jurisprudence applique à la clause d'exclusivité le même régime de nullité qu'à la clause de non-concurrence. Elle l'annule, par conséquent, lorsqu'elle est illimitée ou excessive (1). A ce sujet, deux remarques sont nécessaires. D'une part, par une loi du 14 octobre 1943, le législateur a limité à 10 ans la validité de certaines clauses d'exclusivité. Mais le domaine d'application de ce texte semble être extrêmement restreint (2) et la sanction paraît être la réduction de la durée excessive et non la nullité de la clause (3). Donc, la jurisprudence traditionnelle reste en principe valable pour les clauses d'exclusivité non visées par cette loi. Mais, d'autre part, un arrêt récent au moins manifeste la même tendance que celle que nous avons mentionnée à propos des clauses de non-concurrence, en faveur de la réduction de la clause d'exclusivité à des proportions plus

92. - (1) Cf. Douai, 1er avril 1911, D.P., 1913.II.111 (2e espèce) ; Lyon, 21 juin 1926, S. 1926.II.69 ; Colmar, 26 février 1935, Rev. Jur. Als.-Lorr., 1935, p. 478 ; Colmar, 27 juin 1935, Rev. Jur. Als.-Lorr., 1936, p. 50 ; Colmar, 31 mai 1938, D.H., 1938, p. 488.

(2) Cf. le commentaire Voirin, D.C., 1944, Lég., p. 1.

(3) Cf. *infra*, Titre II, n° 216.

justes, au lieu de la nullité pure et simple. Le parallélisme dans l'évolution des deux matières est donc total. Il va sans dire que dans cette dernière hypothèse le problème de la répercussion de la nullité de la clause sur le contrat ne se pose plus. Or lui seul nous intéresse directement ici. La nouveauté de la technique de la réduction dans ce cas ne nous autorise pas à le négliger, car il est trop tôt pour affirmer que la réduction remplacera définitivement la nullité de la clause. Et il n'est pas sûr qu'une clause d'exclusivité ne puisse pas se trouver annulée pour une autre cause que pour son caractère excessif.

93. — Une clause d'exclusivité peut-elle constituer la condition *sine qua non* du contrat ? M. Jean Hémard (1) est, à notre connaissance, le seul auteur qui ait examiné cette question. Encore ne le fait-il que tout à fait incidemment :

> « Cette clause peut d'ailleurs avoir une importance telle, qu'elle constitue la stipulation essentielle du contrat, sans laquelle celui-ci perdrait tout intérêt pour l'une des parties ou pour les deux ; ainsi en est-il dans le contrat de concession, forme particulière du contrat de vente. »

Nous ne pouvons qu'approuver cette opinion. Par conséquent, chaque fois qu'une clause d'exclusivité est nulle, celui qui en bénéficiait et à qui on oppose cette nullité est en droit d'invoquer l'article 1172 pour obtenir l'annulation du contrat. La jurisprudence relative à des clauses d'exclusivité, à vrai dire assez peu abondante, n'a que rarement eu à statuer sur le sort du contrat principal. La Cour de Douai (2) avait été saisie en 1910 de ce dernier problème :

> « Attendu, décide-t-elle, que le terrain vendu aux époux B. ayant été payé un prix sérieux, la clause illicite imposée à ceux-ci en dehors du prix n'est qu'une convention accessoire dont la nullité ne doit pas entraîner celle de la convention principale. »

Il nous semble même qu'une clause d'exclusivité sera plus facilement la condition *sine qua non* d'une convention qu'une clause de non-concurrence. Alors que cette dernière vise une éventualité future, la clause d'exclusivité concerne l'exécution même de la convention. Raisonnons sur un exemple courant : la clause d'exclusivité dans un contrat de bail, dans un prêt de mobilier ou d'argent, conclu entre un brasseur et un débitant. Est-il concevable que la clause d'exclusivité, objectivement accessoire, soit autre chose qu'une condition impulsive et déterminante pour le brasseur ? Il y a lieu de se demander, d'ailleurs, si la clause d'exclusivité peut encore être considérée dans ce cas comme une clause objectivement accessoire. En effet, elle tient

93. - (1) Note au D. 1965, pp. 73 ss.
(2) Douai, 10 novembre 1910, D.P., 1913.II.111.

souvent lieu de véritable contre-prestation, du moins partielle : il en est ainsi lorsque le prêt ou le bail est consenti au débitant gratuitement ou pour un taux d'intérêt ou un loyer très réduit. Pour le brasseur elle constitue, en toute hypothèse, le but principal du contrat, la véritable cause de son engagement. Il faudrait, dans ces conditions, appliquer non pas l'article 1172, mais les articles 1131-1133, en cas de nullité de la clause. Même si l'on ne va pas jusque-là, il y a lieu d'admettre, du moins, que la clause d'exclusivité constitue très souvent la condition impulsive et déterminante du contrat qui la contient, alors que pour la clause de non-concurrence c'est plutôt l'inverse. La jurisprudence ne paraît nullement contraire à cette idée. Ainsi la Cour de Colmar, dans un arrêt du 20 octobre 1936 (3), s'interrogeant sur le sort éventuel du contrat si la clause d'exclusivité, qu'elle juge valable, avait été nulle, déclare :

> « que, voudrait-on admettre qu'une telle clause serait entachée d'un vice essentiel, il conviendrait de décider... qu'elle a été la cause déterminante des divers contrats dans lesquels elle se trouvait reproduite..., qu'on ne peut sérieusement mettre en doute que la brasserie Messine ne se serait jamais démunie soit de la propriété de l'immeuble, soit de la propriété du fonds si elle eût pu penser qu'un jour il serait fait pièce à ses intérêts... »

Et, plus récemment, un arrêt de la Cour de cassation (4), qui ne concernait d'ailleurs pas un problème de nullité, s'est exprimé en ces termes :

> « Mais attendu que la clause (d'exclusivité) susrelatée constituait l'une des conditions essentielles... d'un contrat de location... »

Enfin, l'arrêt précité de la Cour de Douai n'est lui-même pas contraire à la présomption que nous proposons puisque précisément il relève une circonstance qui justifie, en l'espèce, la solution contraire (5).

3) Le pacte commissoire et la clause de voie parée.

94. — Le pacte commissoire (1) et la clause de voie parée constituent des stipulations accessoires propres aux sûretés réelles conventionnelles : le gage, l'antichrèse et l'hypothèque. Le pacte commissoire autorise le créancier à conserver éventuellement le bien constitué

93. - (3) Rev. Jur. Als.-Lorr., 1937, p. 324.
(4) Com., 20 décembre 1960, Bull., 1960.III, n° 419, p. 383.
(5) V° cependant Riom, 14 mars 1967, D. 1968, p. 167. Cet arrêt déclare, à propos d'un mandat avec clause d'exclusivité, que l'échéance de celle-ci laisse subsister celui-là. S'il s'était agi de la nullité de la clause, il est vraisemblable que le mandat aurait également été maintenu.

94. - (1) Il s'agit ici du « pacte commissoire » dans son sens spécial en matière de sûretés réelles et non dans son acception générale de clause de résolution de plein droit du contrat en cas d'inexécution.

en sûreté, en règlement de la dette, et lui attribue, d'avance et de plein droit, la propriété pour le cas de non-paiement. La clause de voie parée permet au créancier de vendre à l'amiable le bien constitué en sûreté, en cas de non-paiement de la dette, sans observer les formalités de la saisie. Ces deux clauses sont prohibées par les articles 2078 et 2088 du Code civil, 93 du Code de commerce et 742 du Code de procédure civile (2).

Il s'agit de savoir si la constitution du gage, de l'antichrèse ou de l'hypothèque est ou non affectée par la nullité de la clause de voie parée ou du pacte commissoire. En droit romain et dans notre ancien droit, le contrat tout entier était annulé parce que, semble-t-il, ce genre de clause cachait presque toujours un prêt usuraire, la valeur de l'objet constitué en sûreté étant normalement supérieure à la dette garantie. Depuis le Code civil, c'est la solution inverse qui est adoptée : seule la stipulation nulle tombe, le contrat principal subsistant (3). La jurisprudence se conforme généralement à la lettre des textes, sans se poser aucun problème quant à l'étendue de la nullité (4). Il y a lieu de se demander, pourtant, si la nullité partielle est ici impérative. Un arrêt de la Cour de Lyon du 6 octobre 1959 semble se prononcer en ce sens (5) :

> « Attendu que... il importe d'observer que les articles 2078 C. civ. et 93 C. com. annulent seulement le pacte commissoire, mais laissent subsister le contrat de gage ; »

Cette affirmation incidente, alors que le problème n'était pas réellement posé, nous paraît insuffisante pour constituer un argument de poids. Nous croyons plutôt que rien ne permet d'écarter ici les règles habituelles. Si une telle clause avait été pour les parties une condition *sine qua non* du contrat, il faudrait très certainement l'annuler tout entier, en vertu de l'article 1172 (6). Mais il semble effectivement que cela ne pourrait être le cas qu'exceptionnellement (7).

94. - (2) En ce qui concerne l'hypothèque, aucun texte ne prohibe expressément le pacte commissoire. L'extension, par analogie, de cette prohibition à ce cas est controversée en doctrine.

(3) Cf. sur ce changement de solution : Baudry-Lacantinerie et De Loynes, t. I, n^{os} 124 ss. et 192 ss., t. II, n^{os} 1288 ss. ; Josserand, t. II, n^{os} 1540 ss. ; Planiol et Ripert, t. XII, par Becqué, n^{os} 119 ss., 298, 444 et t. XIII, par le même auteur, n° 908 ; H.-L. et J. Mazeaud, t. III, n^{os} 77, 103 et 439 ; Ripert et Boulanger, t. III, n^{os} 1214 et 1222.

(4) Cf., par exemple : Nancy, 3 mai 1867, D.P., 1867.II.95 ; Paris, 18 avril 1889, D.P., 1890.II.342 ; Req., 24 mai 1933, G.P., 1933.II.379, S. 1935.I.257, note Battifol ; Com., 13 janvier 1965, J.C.P., 1966, n° 14469, note R.D.M., Bull., 1965.III, n° 41, p. 34.

(5) Lyon, 6 octobre 1959, G.P., 1960.I.5.

(6) En ce sens : Josserand, t. II, n° 1540, et H.-L. et J. Mazeaud, t. III, n° 77. La plupart des auteurs n'ont pas abordé cette question.

(7) Un arrêt de la Cour de cassation, Com., 24 octobre 1956, G.P., 1957.I.128, annule intégralement un nantissement auquel était joint un pacte com-

III. — CLAUSES CONTRAIRES AU STATUT IMPERATIF DE CERTAINS CONTRATS.

95. — Cette troisième catégorie de clauses se distingue très nettement des deux précédentes (1). Il ne s'agit plus, cette fois, de clauses-type, correspondant à un procédé technique susceptible d'un usage plus ou moins large et portant un nom bien déterminé. Il est pratiquement impossible de les énumérer, non seulement parce qu'elles sont très nombreuses, mais parce qu'il en naît constamment de nouvelles variétés. La seule façon qui permette d'en avoir une vue d'ensemble, c'est, semble-t-il, de les classer d'après les contrats dans lesquels elles se trouvent incluses. Elles sont, en effet, toujours particulières à une espèce de contrat. Elles se caractérisent par le fait qu'elles contreviennent tantôt directement, tantôt indirectement, à telle règle impérative de tel contrat. C'est donc dans les contrats « dirigés », réglementés de façon autoritaire par le législateur, que ces clauses se rencontrent surtout.

Il ne saurait être question, bien sûr, d'examiner successivement toutes ces clauses, ou même seulement les principales d'entre elles. Il est même inutile de considérer séparément le cas des différents contrats susceptibles d'être concernés, car cela entraînerait d'incessantes répétitions. Il suffira de citer les principaux exemples de ce type de clauses dans la pratique jurisprudentielle et d'étudier ensuite, de façon globale, le problème de l'étendue de la nullité.

Parmi les contrats soumis à un statut impératif, il y a lieu de mentionner surtout les différents types de baux, le contrat de travail, le contrat d'assurance et le contrat de société.

Le contrat de bail, sous ses différentes formes, à l'exception des baux de locaux d'habitation ou à usage professionnel non soumis à la loi du 1er septembre 1948, est probablement celui dont la réglementation est la plus importante et la plus stricte. La part laissée à la volonté des parties, en dehors de la décision de contracter elle-

missoire déguisé sous forme de vente à réméré. Mais l'article 1172 et la notion de condition impulsive et déterminante ne sont pas invoqués. L'arrêt annule le tout parce que :

« la bonne foi de dame S. et de demoiselle N. a été surprise et que l'acte ne correspondait pas à celui qui avait été convenu... ».

Cela relève donc plutôt des vices du consentement. Mais la facilité avec laquelle la Cour de cassation a admis dans cette hypothèse la nullité totale permet de penser que l'article 1172 n'aurait pas été écarté si le problème avait été posé sur ce terrain-là.

95. - (1) Il est évident que, dans les contrats dont il est question ici, peuvent également se rencontrer des clauses des catégories précédentes, telles que des clauses monétaires, des clauses de non-concurrence... Nous n'y ferons plus allusion. Il ne s'agit ici que des clauses nulles en vertu du statut particulier de ces contrats, à l'exclusion de celles qui seraient nulles en vertu des règles du droit commun.

même, est extrêmement réduite. S'agissant des baux de locaux d'habitation ou à usage professionnel, l'article 87 de la loi du 1er septembre 1948 stipule, dissipant toute équivoque : « Les dispositions du présent titre sont d'ordre public » (2). Mais en outre, dans de nombreux articles (3), le législateur réitère ses intentions par des prohibitions particulières exprimées à l'aide de formules telles que : « à peine de nullité » ou « nonobstant toute clause contraire ». Trois particularités de cette réglementation ont plus spécialement donné lieu à une abondante jurisprudence : le droit au maintien dans les lieux (4), le droit de reprise (5) et surtout la limitation du loyer (6). En ce qui concerne les baux commerciaux (7), les rédacteurs du décret du 30 septembre 1953 ont procédé différemment. L'ensemble du texte n'est pas d'ordre public, mais il prévoit expressément la nullité des clauses qui feraient échec à certains mécanismes fondamentaux (8). Ainsi, sont nulles les clauses écartant le droit au renouvellement (9) ou tendant indirectement au même résultat (10), les clauses interdisant

95. - (2) En fait, seul le titre Ier visé traite du contrat de bail, le second titre étant consacré à l'allocation de logement. C'est donc l'ensemble du statut de ces baux qui est impératif.

(3) Cf. articles 10-7°, 16, 32, 41, 63, 70, 72, 75, 80.

(4) Cf. Paris, 20 novembre 1946, J.C.P., 1947, n° 3388, G.P., 1946.II.266 ; Soc., 27 février 1948, Rev. Loyers, 1948, pp. 443 ; T.I. Vanves, 22 janvier 1964, J.C.P., 1965, n° 14159.

(5) Cf. Soc., 27 novembre 1953, J.C.P., 1954.IV, p. 38, Bull., 1953.IV, n° 747, p. 543.

(6) L'ingéniosité des parties s'est donnée libre cours pour tourner cette limitation, soit en qualifiant faussement le contrat (T.C. Seine, 8 juillet 1934, Rev. Loyers, 1934, p. 847 ; T.C. Seine, 20 décembre 1938, Rev. Loyers, 1939, p. 356), soit en imposant au locataire des travaux somptuaires (T.C. Seine, 23 janvier 1930, Rev. Loyers, 1930, p. 303 ; T.C. Lille, 18 mars 1952, Rev. Loyers, 1952, p. 525), des réparations (T.C. Seine, 6 juillet 1932, Rev. Loyers, 1932, p. 817 ; Paris, 16 décembre 1955, Rev. Loyers, 1956, p. 113 ; Soc., 5 décembre 1957, Bull., 1957.IV, n° 1155, p. 828 ; Lyon, 7 janvier 1957, G.P., 1957.I.206) ou d'autres obligations (T.C. Seine, 10 janvier 1950, Rev. Loyers, 1950, p. 164 ; Soc., 20 novembre 1958, Bull., 1958.IV, n° 1219, p. 929) qui incombaient au propriétaire.

(7) Cf. Viravaud, *op. cit.*

(8) Articles 34, 35, 35-1, 35-2, 36.

(9) Cf. Amiens, 2 novembre 1933, G.P., 1934.I.70 ; Req., 4 novembre 1936, G.P., 1936.II.741 ; Civ., 28 juillet 1942, S. 1943.I.130, D.H., 1943, p. 19 ; Civ., 10 mars 1943, G.P., 1943.I.239 ; T.C. Seine, 17 mars 1948, J.C.P., 1948.IV, p. 108 ; Com., 16 mai 1950, D. 1950, p. 468 ; Com., 23 décembre 1958, Bull., 1958.III, p. 377 ; Civ., 22 mai 1968, Bull., 1968.III, n° 230, p. 175.

(10) Soit en privant le locataire de l'indemnité d'éviction, corollaire du droit au renouvellement (Paris, 13 mai 1929, G.P., 1929.II.271 ; Nancy, 11 février 1931, D.P., 1932.II.19, note Voirin, S. 1933.II.97, note Esmein ; Colmar, 9 janvier 1957, D. 1957, p. 472), soit en prévoyant une indemnité forfaitaire trop faible (Paris, 30 mai 1958, J.C.P., 1958.IV, p. 180, D. 1958, Somm., p. 134 ; Com., 16 juin 1958, Bull., 1958.III, n° 248, p. 203 ; Paris, 13 février 1961, J.C.P., 1962, n° 12671, note Boccara), soit encore en

la cession du bail à l'acquéreur du fonds de commerce (11), celles qui sont contraires au principe de la révision triennale du loyer (12). Pour les baux ruraux, enfin, de nombreux articles du Code rural stipulent que tel titre ou chapitre est d'ordre public (13), que telles clauses sont réputées non écrites ou de nul effet (14) ou que telle disposition est applicable nonobstant toute convention contraire (15).

Le contrat de travail est également soumis à une importante législation d'ordre public qui ne peut être éludée par les parties (16). En cette matière, des clauses peuvent être nulles, également, en ce qu'elles contreviennent non à un texte de loi, mais aux dispositions d'une convention collective (17) (18).

qualifiant le contrat autrement que de bail commercial (Civ., 20 décembre 1949, Rev. Loyers, 1950, p. 195 ; Com., 5 février 1962, Bull., 1962.III, n° 71, p. 59 ; Civ., 9 janvier 1961, Bull., 1961.I, n° 18, p. 15) ou de toute autre manière (T.G.I. Seine, 6 janvier 1966, D. 1966, Somm., p. 82, J.C.P., 1966, n° 14660, note Boccara).

95. - (11) Cf. Angers, 26 juin 1951, G.P., 1951.II.120 ; Com., 14 octobre 1959, D. 1960, p. 78.

(12) Renonciation à la révision : Com., 20 mai 1963, G.P., 1963.II.365. Procédés de révision contraires à la loi : T.C. Lille, 27 septembre 1955, G.P., 1956.I.16 ; T.G.I. Seine, 11 février 1960, G.P., 1960.I.199 ; T.G.I. Seine, 9 janvier 1962, Rev. Loyers, 1962, p. 615 ; Com., 7 mai 1963, Rev. Loyers, 1963, p. 362 ; Com., 11 février 1964, J.C.P., 1964.IV.45 ; Paris, 17 mars 1966, D. 1966, Somm. 85. Délais de révision contraires à la loi : T.C. Seine, 8 décembre 1953, Rev. Loyers, 1954, p. 103 ; T.C. Valence, 18 janvier 1955, D. 1955, p. 124 ; T.C. Seine, 1er juillet 1957, D. 1957, p. 506 ; Com., 20 novembre 1961, Bull., 1961.III, n° 417, p. 364.

(13) Art. 870-17°, 925.

(14) Art. 870-14°, 923, 851-1°, 857, 860.

(15) Art. 870-9°, 837, 792, 830, 951 al. 2.

(16) Cf. Paris, 29 mars 1960, G.P., 1960.I.331 ; Bordeaux, 25 mai 1960, G.P., 1960.II.211 ; Soc., 16 décembre 1960, S. 1961, p. 177 ; Paris, 21 janvier 1961, S. 1961, p. 195 ; Soc., 10 juillet 1961, Bull., 1961.IV, n° 767, p. 607 ; Soc., 3 mars 1965, D. 1965, p. 492 ; Soc., 26 octobre 1964, Bull., 1964.IV, n° 706, p. 580.

(17) Cf. T.C. Seine, 13 juillet 1957, J.C.P., 1957, n° 10198 ; Soc., 3 juillet 1967, Bull., 1967.IV, n° 535, p. 453 ; Soc., 1er février 1968, Bull., 1968.V, n° 76, p. 64 ; Soc., 27 mai 1968, Bull., 1968.V, n° 252, p. 210. Il se pourra que certaines clauses de ces conventions collectives soient elles-mêmes nulles. En effet, si ces conventions ont force de loi pour ceux à qui elles s'imposent, elles sont cependant soumises aux règles législatives impératives. L'arrêté ministériel d'extension ne les met pas à l'abri de telles annulations. Cf. par ex. : Soc., 5 juin 1958, Bull., 1958.IV, n° 675, p. 499 ; T.I., Rouen, 9 novembre 1959, D. 1961, p. 49, note Lebrun ; Crim., 22 février 1962, D. 1962, p. 253, note Rouast, J.C.P., 1962, n° 12633, note Blaise ; Civ., 12 juillet 1963, Bull., 1963.II, n° 524, p. 392 ; Soc., 16 décembre 1964, Bull., 1964.IV, n° 849, p. 702. Comp. Civ., 17 janvier 1968, Bull., 1968.II, n° 25, p. 14 : la Cour suprême admet qu'une clause nulle d'une convention collective a pu être validée par une loi postérieure, solution assez peu orthodoxe.

(18) Dans le cadre du contrat de travail, le salaire pose un problème tout à fait particulier, du fait de l'existence du S.M.I.G. Une clause fixant un salaire inférieur au S.M.I.G. est évidemment nulle : cf. *infra*, n°s 127 ss.

La loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance est, en principe, intégralement d'ordre public, sauf les articles énumérés à l'article 2. Certaines clauses doivent être écrites en « caractères très apparents » sous peine de nullité ; d'autres stipulations sont entièrement prohibées (19).

Le contrat de société, enfin, est également soumis à certaines dispositions législatives impératives. En particulier dans la loi nouvelle du 24 juillet 1966, de nombreuses dispositions (20) sont assorties de la formule : « Toute clause contraire est réputée non écrite » (21).

Ce rapide inventaire des principaux contrats soumis à un statut impératif et des clauses qui y sont le plus fréquemment annulées n'était destiné qu'à mettre en évidence l'importance capitale de la seule question qui entre réellement dans notre sujet, à savoir celle de l'incidence de la nullité de ces clauses sur le contrat.

96. — Le problème de l'étendue de la nullité est ici d'autant plus grave que les clauses nulles sont très abondantes et qu'il est douteux que la solution puisse être trouvée dans le droit commun. Va-t-on, en effet, appliquer l'article 1172 et annuler le contrat tout entier chaque fois que la clause aura été une condition *sine qua non* de l'accord des parties ? La question n'a pas été posée très souvent devant les tribunaux, et cela pour plusieurs raisons. D'une part, les contrats dont il s'agit sont très élaborés et comprennent un grand nombre de clauses qui règlent des points objectivement très secondaires par rapport à leur objet principal. Souvent, ces clauses sont tellement secondaires qu'aucune des parties n'a réellement intérêt à demander la nullité totale du contrat. Auraient-elles cet intérêt, qu'elles ne pourraient pas prouver que la clause litigieuse constituait une condition essen-

Mais il arrive que par le jeu de diverses clauses la limite inférieure du S.M.I.G. soit dépassée occasionnellement. La jurisprudence n'annule ces clauses que dans la mesure où elles portent atteinte au S.M.I.G. Sur ce problème, cf. *infra*, n° 249.

95. - (19) Cf. pour une étude détaillée de toutes les clauses nulles, J. Cl. Civ., Annexes, vol. I, fasc. VIII *bis* B 1 à VIII *bis* G 2.

(20) Art. 16, 19, 31, 45, 55, 56, 58, 60, 100, 142, etc.

(21) Cf. dans la jurisprudence antérieure à la loi nouvelle, des ex. de clauses nulles relatives à la révocabilité *ad nutum* des administrateurs : Civ., 13 mai 1944, D.A., 1944, p. 105 ; Paris, 4 mai 1960, D. 1960, p. 637, J.C.P., 1960, n° 11745 ; Paris, 13 juin 1961, J.C.P., 1962, n° 12819 ; Com., 8 mai 1963, J.C.P., 1963, n° 13282 ; à la libre participation aux assemblées générales : Com., 26 avril 1948, S. 1948.I.104 ; Com., 14 mars 1950, J.C.P., 1950, n° 5694 ; Douai, 24 mai 1962, S. 1962, p. 297 ; au *quorum* : Civ., 2 juin 1947, D. 1948, p. 373 ; au droit de demander la dissolution conformément à l'article 1871 du Code civil : Civ., 12 juin 1961, S. 1962, p. 121 ; Com., 20 février 1962, Bull., 1962.III, n° 108, p. 87 ; au droit de céder les actions dans des conditions acceptables : Paris, 23 février 1962, S. 1964, p. 48 ; etc.

tielle à leurs yeux. Ces remarques n'ont pourtant aucune valeur absolue. Rien n'empêche qu'une clause objectivement accessoire soit, pour des raisons particulières, subjectivement essentielle. Il est permis de penser, d'autre part, que les plaideurs français, peu sensibilisés au problème de l'étendue de la nullité, négligent souvent de le poser (1). Enfin, les contrats dont il s'agit présentent une particularité très importante, tout à fait exorbitante du droit commun : c'est que généralement la clause nulle ne laisse aucune lacune dans le contrat, du fait que la disposition impérative violée en prend automatiquement la place. Il n'est pas évident qu'on puisse conclure de ce phénomène juridique que la nullité ne pourra en toute hypothèse être que partielle et que le droit commun sera toujours écarté (2), mais il explique dans une certaine mesure que, consciemment ou par ignorance, la nullité totale ne soit pas demandée (3).

La conséquence immédiate de ces différents facteurs est que, dans la grande majorité des décisions annulant une clause quelconque, le problème de la répercussion de cette annulation sur le sort du contrat n'est pas posé. Parfois, cependant, le défendeur, actionné en nullité d'une clause, n'a pas hésité à invoquer l'article 1172 pour se défaire d'un contrat qui, sans la clause en question, ne présentait plus suffisamment d'intérêt pour lui. Devant de telles demandes, la jurisprudence est restée indécise. Tantôt elle a admis, dans son principe, l'argumentation fondée sur l'article 1172, tantôt elle l'a rejetée en bloc. L'examen de ces décisions sera donc particulièrement instructif.

97. — La jurisprudence appliquant purement et simplement le droit commun de l'article 1172 peut se justifier par le raisonnement suivant : si le législateur a impérativement réglementé le CONTENU des contrats dont il est question pour le moment, il a, en revanche, toujours laissé aux parties la liberté totale de conclure le contrat (1). On peut en déduire que, si le contrat ne peut se réaliser comme ses auteurs l'ont souhaité, rien ne permet de les obliger à rester dans ses liens. La liberté de contracter ou non doit entraîner, comme corollaire, l'application de l'article 1172 et du critère de la condition impulsive et déterminante. En réalité, les décisions qui ont appliqué l'article 1172 en cas de nullité de ce genre de clauses ne prononcent généralement que la nullité partielle, la clause litigieuse n'ayant pas

96. - (1) Comp., *supra*, n° 47 et la note 5, et n° 78.

(2) Il s'agit là d'un autre problème dont il sera question ultérieurement, cf. *infra*, n° 100, et II^e^ Partie, n° 337.

(3) Enfin, pour le contrat de société, il faut tenir compte de la possibilité de rectifier le contrat : cf. art. 362 ss. de la loi du 24 juillet 1966.

97. - (1) Sauf quelques cas vraiment exceptionnels, tels que l'assurance automobile.

été considérée comme une condition impulsive et déterminante (2). Elles ne portent donc pas à conséquence. Il eût été surtout intéressant de trouver des arrêts annulant le contrat tout entier, au motif que la clause nulle en était une condition impulsive et déterminante. Ils sont extrêmement rares. Un arrêt de la Cour de cassation du 27 avril 1906, qui annule un contrat de travail dont une clause stipulait une durée de travail supérieure au maximum légal, déclare :

> « qu'une telle clause, imposant une condition prohibée par la loi, est nulle et rend nul le contrat de travail qui en dépend » (3).

Cet arrêt ancien semble avoir appliqué aveuglément l'article 1172, dont il reprend les termes à la lettre, sans s'interroger vraiment sur le caractère déterminant de la clause. L'annotateur ne fait aucune objection à ce sujet. Un arrêt plus récent de la Cour de Nancy (4) applique, mais cette fois en parfaite connaissance de cause, la même solution :

> « Attendu que la clause litigieuse (renonciation à l'indemnité d'éviction) de la convention du 2 novembre 1921 est nulle et de nul effet... ; que la nullité édictée par l'article 13 de ladite loi a pour effet de rendre sans cause les engagements pris par les consorts M. envers les époux G. ; qu'en effet, les appelants, en substituant un bail ferme au bail renouvelable qui liait les parties à l'origine, en échange d'une renonciation à des droits ou inexistants, ou hypothétiques, auraient fait un sacrifice sans compensation au profit des intimés. Par ces motifs... dit que ladite renonciation constituait la cause et la condition impulsive et déterminante de la promesse faite par les consorts M. aux époux G. » (5).

97. - (2) Cf. T.C. Seine, 27 avril 1933, D.H., 1933, p. 375 ; Paris, 4 mai 1960, D. 1960, p. 637, note Dalsace, J.C.P., 1960, n° 11745, note D.B. ; Com., 8 mai 1963, J.C.P., 1963, n° 13282.

(3) Civ., 27 avril 1906, D.P., 1907.I.97, note Petit.

(4) 11 février 1931, D.P., 1932.II.17, note Voirin, S. 1933.II.97, note Esmein.

(5) Cet arrêt est critiquable à plus d'un titre, abstraction faite du principe même de l'application de l'article 1172. Son argumentation relative au caractère impulsif et déterminant de la clause nulle n'est guère convainquante. Mais une autre critique est beaucoup plus grave : la Cour de Nancy accorde l'action en nullité de la clause au bailleur, qui n'a aucun intérêt à cette nullité, bien au contraire. En l'occurrence celui-ci n'a demandé la nullité de la clause que pour pouvoir faire annuler le contrat qui, lui, n'était atteint d'aucun vice. Les annoteurs critiquent vigoureusement cette solution, mais en se plaçant sur le terrain de la distinction entre nullités absolues et relatives. L'arrêt de la Cour de Nancy défie le bon sens.

> « Pour notre part, dit M. Voirin, nous craignons que le principe admis par la Cour de Nancy engendre des conséquences très graves qu'on ne saurait même toutes prévoir ; il se prête, en effet, à de multiples applications et il risque, s'il vient à faire jurisprudence, d'être largement exploité à des fins franchement malhonnêtes. »

Cet auteur donne ensuite quelques exemples tout à fait probants des ressources qu'offrirait un tel système. Lorsqu'une disposition d'ordre public tend à protéger un contractant, ou plutôt une catégorie sociale de

98. — Le courant jurisprudentiel refusant d'appliquer l'article 1172 paraît être plus important que le précédent. Les tribunaux ont été, cette fois, nettement plus courageux qu'en matière de clauses monétaires où une tentative en ce sens était restée sans suite (1). Les décisions dont il est question maintenant refusent d'appliquer le système de l'article 1172 pour des raisons d'efficacité de la sanction. Un arrêt de la Cour de Paris du 13 mai 1929 (2) s'exprime déjà très clairement sur ce point. Il s'agissait, en l'espèce, d'une clause d'un bail commercial qualifiant faussement celui-ci d'occupation précaire, pour tourner la législation sur les baux commerciaux.

> « Considérant, dit-elle, qu'une telle stipulation est, aux termes de l'article 13 de la loi du 30 juin 1926, nulle et de nul effet ; mais que cette nullité doit se borner à la clause elle-même et qu'il ne peut être question de l'étendre à la convention tout entière, sous prétexte que les parties auraient clairement indiqué qu'elles faisaient de la clause illicite une condition essentielle de la convention ; que s'il en était autrement, LA PROHIBITION DE L'ARTICLE 13 SERAIT PUREMENT ILLUSOIRE, puisqu'il suffirait d'insérer dans les baux une clause de style permettant de faire annuler le bail au cas où il serait fait état de la clause illicite, pour que le droit à la propriété commerciale fût mis à néant. »

Plusieurs décisions plus récentes adoptent plus ou moins explicitement la même solution (3). En particulier, un jugement du Tribunal de grande instance de la Seine du 11 février 1960 (4) écarte sans hésitation toute recherche d'intention :

> « Attendu que la disposition de la clause prévoyant la résiliation de plein droit du bail pour non-exécution de l'une des ses conditions, se trouve annulée par l'article 34 du décret, puisqu'elle frappe d'une déchéance le bénéficiaire des dispositions légales ; qu'enfin, EU ÉGARD AU BUT POURSUIVI PAR LE LÉGISLATEUR ET AUX DROITS QU'IL A ENTENDU PROTÉGER, il ne saurait être tenu compte de la volonté des parties de subordonner la validité du bail au respect d'une clause de la nature de celle figurant à l'acte... »

On peut dire que la jurisprudence, dans la mesure très limitée où elle a eu à statuer sur l'étendue de la nullité en cas d'annulation d'une clause de cette troisième catégorie, a généralement senti la nécessité d'écarter l'article 1172 en se fondant sur les exigences de

contractants, il est évident que cette disposition ne peut pas être utilisée contre le protégé par son cocontractant. Le but de la règle fournit ici le critère.

98. - (1) Cf. *supra*, n° 81.
(2) G.P., 1929.II.271.
(3) Cf. T. Parit. de Lannion, 16 décembre 1949, D. 1950, p. 115, note SAVATIER, J.C.P., 1950, n° 5564 ; Colmar, 9 janvier 1957, D. 1957, p. 472 ; T.C. Rennes, 17 février 1950, Rev. Loyers, 1950, p. 480 ; Paris, 16 décembre 1955, Rev. Loyers, 1956, p. 113. Comp. Paris, 10 novembre 1955 (inédit), G.P., 1955.II, Table *v°* Bail, n° 522 ; Soc., 22 juin 1945, G.P., 1945.II.75.
(4) G.P., 1960.I.199, Rev. Loyers, 1960, p. 451.

l'ordre public, et, plus particulièrement, sur la nécessité d'une sanction efficace de ces statuts impératifs.

99. — A propos de ce problème, la doctrine est divisée. Certains auteurs préconisent sans hésitation l'application du droit commun de l'article 1172. Au sujet de l'annulation totale des baux commerciaux en cas de nullité des clauses contraires au statut de ces baux, M. Viravaud écrit (1) :

> « Cette conséquence paraît inévitable lorsqu'il ressort de l'analyse de la convention ou des motifs extérieurs au contrat que cette clause a été une condition déterminante de la volonté des parties, sans laquelle elles n'auraient point contracté... Cette conséquence, extrêmement grave pour le preneur, est rarement admise par les tribunaux qui hésitent à reconnaître ce caractère à la clause, sauf dans le cas où il est nettement affirmé dans le contrat. »

D'autres auteurs, qui ont étudié de façon plus approfondie la notion d'ordre public et sa sanction (2), approuvent pleinement le deuxième courant jurisprudentiel, estimant que les impératifs de l'ordre public, parmi lesquels figure l'efficacité de sa sanction, doivent faire écarter les conséquences normales de la volonté des parties en ce qui concerne l'étendue de la nullité.

> « Mais alors que l'annulation partielle est l'exception dans le droit classique, écrit M. Farjat (3), elle tend à devenir la règle en ce qui concerne la sanction de l'ordre public économique interventionniste : il s'agit moins de réprimer un agissement illicite que de le corriger... »
>
> « Sous prétexte que le contrat ne permet pas, contrairement à la loi, au locataire d'obtenir le renouvellement de son bail, donc de rester plus longtemps dans les lieux que son bail ne l'y autorise,

99. - (1) *Op. cit.*, p. 172 *in fine* et 173. Dans le même sens : Martin, Maus et Lafarge, Commentaire du décret du 30 septembre 1953 et de la loi du 31 décembre 1953 au D.1954, Lég., pp. 185 ss., en particulier p. 197. M. le doyen Voirin et Esmein, dans leurs notes sous l'arrêt précité de la Cour de Nancy, respectivement au D.P., 1932.II.17 et au S. 1933.II.97, semblent également de cet avis. Ils ne soulèvent en effet aucune objection de principe quant à l'application de l'article 1172 en cette matière. M. Savatier (note au D. 1950, p. 115) est également favorable à l'application de l'article 1172 et du critère faisant dépendre le sort du contrat de l'importance attribuée par les parties à la clause. Il ne préconise une nullité impérativement limitée que lorsque, directement ou indirectement, le prix est exagéré :

> « Alors, la nullité ne porte que sur la clause majorant illicitement le prix. Bien que la jurisprudence hésite à le reconnaître pour les ventes faites au-dessus d'un prix taxé, la règle est généralement appliquée. »
>
> On voit mal pourquoi la nullité partielle serait imposée lorsque la clause nulle se rapporte au prix et non lorsqu'elle concerne un autre élément du contrat : droit au renouvellement, révision triennale, etc.

(2) Malaurie, *op. cit.* ; Farjat, *op. cit.* ; Khalil, *op. cit.*

(3) *Op. cit.*, p. 311.

on l'en évincerait de suite ! Quelle qu'ait été la volonté des parties, l'annulation partielle ne fait pas de doute... » dit encore cet auteur (4).

100. — Il nous semble effectivement qu'en cette matière des contrats à statut impératif la nullité partielle impérative constitue la meilleure solution, parce qu'elle est conforme au but de la loi, qui doit être respecté avant tout, et notamment avant la volonté des parties. Conçoit-on, par exemple, qu'un contrat de travail soit annulé totalement, à la demande de l'employeur, sous prétexte que la clause fixant un salaire inférieur au S.M.I.G. a été pour lui la condition impulsive et déterminante (1) ? De façon générale, il est permis de penser que, dans les cas dans lesquels le législateur, non content de prohiber certaines clauses, introduit impérativement certaines obligations positives dans des contrats, de telle sorte qu'une stipulation contraire nulle est automatiquement remplacée par la disposition impérative correspondante, l'intention implicite du législateur a été que le contrat soit, en toute hypothèse, maintenu. Et, en dehors de cette interprétation des textes, l'efficacité de la sanction exige une telle solution. Dans ces cas le principe d'autonomie doit s'effacer devant les impératifs de l'ordre public (2).

101. — La conclusion que l'on peut tirer de cette étude des principaux cas de nullité de stipulations accessoires ou complémentaires d'actes à titre onéreux est que les solutions, en ce qui concerne l'étendue de la nullité, sont extrêmement variables. Telles clauses peuvent être présumées essentielles dans l'esprit des parties ; telles autres, au contraire, sont généralement tout à fait secondaires. En outre — et cette fois la difficulté est très grave —, alors qu'un seul texte, l'article 1172, existe en cette matière, la conviction s'est peu à peu ancrée que ce texte ne doit pas être appliqué à toutes les hypothèses (1). Tiraillée entre divers impératifs, entre lesquels le législateur n'a pas tranché, la jurisprudence a fourni des solutions hétérogènes. On ne saurait s'en étonner ou l'en blâmer. Elle s'en est tenue, en principe, aux solutions traditionnelles. Parfois, elle s'est abritée derrière ces der-

99. - (4) *Op. cit.*, p. 380. V° également pp. 363, 379, 381. M. Malaurie a surtout envisagé ce problème de l'incidence de l'ordre public sur l'étendue de la nullité à propos des clauses monétaires : cf. pp. 247-248. Mais le même raisonnement est valable ici. V° également KHALIL, *op. cit.*, pp. 279 ss.

100. - (1) Cf. KHALIL, *op. cit.*, p. 287 et les références citées.
(2) Sur le rôle de l'ordre public en matière de nullité partielle, cf. *infra*, II[e] Partie, n[os] 325 ss.

101. - (1) La délicate question concernant les cas dans lesquels l'article 1172 doit être appliqué ou, au contraire, écarté, sera examinée de façon plus approfondie dans la II[e] Partie, *infra*, n[os] 333 ss.

nières pour justifier des décisions qui lui paraissaient souhaitables. Elle ne s'est révoltée ouvertement contre elles que très rarement.

Sous-Section III

LA NULLITE DES CLAUSES DE RENONCIATION A DES DROITS OU PREROGATIVES

102. — Séparer l'étude des clauses de renonciation de celle des stipulations accessoires ou complémentaires dans les actes à titre gratuit et à titre onéreux peut paraître, de prime abord, curieux. La répartition des actes juridiques patrimoniaux en actes à titre gratuit et actes à titre onéreux n'est-elle pas, en effet, la « *summa divisio* », en dehors de laquelle il n'existe pas d'actes juridiques ? C'est précisément ce que certains contestent à propos des renonciations, estimant qu'elles ne se rangent dans aucune des deux catégories précitées. En réalité, c'est la notion même de renonciation qui est controversée.

Dût-il s'avérer que cette controverse n'a aucune incidence en notre matière, ou même qu'elle n'est qu'une querelle de mots, il importait de le démontrer, afin d'échapper à toute critique sur ce point. Or cet exposé eût été inopportun dans le cadre des développements précédents. Deux autres considérations justifient cet examen distinct : d'une part, la fréquence des clauses de renonciation, sur laquelle il convenait d'insister quelque peu ; d'autre part et surtout, le fait que de telles clauses se rencontrent à la fois dans les libéralités et dans les actes à titre onéreux.

Trois problèmes se posent au sujet des renonciations : celui de leur nature juridique, celui de leur nullité, enfin celui de l'incidence de celle-ci sur l'acte auquel elles sont éventuellement jointes.

1) La nature juridique des renonciations.

103. — La controverse sur la nature juridique des renonciations ne nous intéresse que dans la mesure où l'opinion de ceux qui prétendent que les renonciations ne sont ni des actes à titre onéreux, ni des actes à titre gratuit s'avérerait exacte. Dans cette hypothèse, en effet, il faudrait nécessairement écarter, semble-t-il, aussi bien l'article 900 que l'article 1172, en présence d'une clause de renonciation nulle. Mais comment résoudre alors le problème de l'étendue de la nullité ?

Une intéressante synthèse de la doctrine relative à cette question (1) a été présentée, en 1960, par M. Bredin aux membres de l'Association Henri Capitant (2).

> « Voici, dit-il, l'une des notions les plus incertaines du droit privé et dont l'étude est apparue si décevante aux juristes qui s'y sont attachés que certains d'entre eux en ont nié l'existence. Les plus optimistes ont constaté le complet désacord des auteurs sur les caractères fondamentaux de la renonciation, et reconnu leurs difficultés pour en préciser le concept » (3).

De fait, de très nombreux textes législatifs utilisent le terme, ou du moins le concept, de renonciation. Et la jurisprudence en fournit d'innombrables illustrations.

> « ... entre toutes ces renonciations, dit encore M. Bredin, il ne semble y avoir d'autre lien qu'un mot — et l'homonymie n'est pas un signe nécessaire de parenté — et un fait matériel : l'abandon » (4).

Les auteurs qui ont entrepris l'étude de cette notion ont le plus souvent recherché ce qu'il pouvait y avoir, dans le concept de renonciation, d'original, d'irréductible à une autre institution juridique existante. Parmi les innombrables actes juridiques qualifiés « renonciations », ils ont donc fait un tri, écartant tout ce qui pouvait rentrer dans une autre catégorie juridique. Ils ont ainsi dégagé un certain nombre, très restreint, d'actes qui se caractérisent par les trois traits suivants :

— ce sont des actes unilatéraux,

— abdicatifs et

— irrévocables.

Il en résulte que ces véritables renonciations ne sont ni des actes à titre onéreux, ni des actes à titre gratuit, mais des actes en quelque sorte neutres (5). En outre, ne sont alors de véritables renonciations ni les renonciations conventionnelles, ni les renonciations unilatérales translatives ou « *in favorem* » (6). On en arrive à la conclusion sui-

103. - (1) V° essentiellement les thèses de MM. Ducoin, Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil français, Lyon, 1913, et Sibiciano, Théorie générale des renonciations en droit civil français, Paris, 1932, ainsi que les articles de MM. Lessona, R.T.D.Civ., 1912, pp. 361 ss., Breton, R.T.D.Civ., 1928, pp. 261 ss., Raynaud, R.T.D.Civ., 1936, pp. 763 ss., et Malaurie, Renonciation, Encycl. D.

(2) Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XIII, 1963, pp. 283 à 485. Rapport Bredin, pp. 355 ss.

(3) Rapport précité, p. 355.

(4) *Id.*, p. 357.

(5) Cf. en ce sens Ducoin, *op. cit.*, pp. 6 ss., et la définition p. 175 ; Sibiciano, *op. cit.*, pp. 69 ss., et la définition, p. 248 ; Lessona, article précité ; Raynaud, article précité.

(6) MM. Breton, en particulier p. 393, et Malaurie, n° 52, admettent au contraire qu'il peut y avoir des renonciations conventionnelles.

vante, pour le moins paradoxale : les innombrables « renonciations » que connaît la pratique et la jurisprudence ne sont généralement pas de véritables renonciations, au sens où l'entendent ces auteurs ; au contraire, les seules véritables « renonciations », remplissant les conditions exigées par eux, ne se rencontrent que très rarement en pratique.

Lorsqu'une théorie générale aboutit à un tel résultat, il est permis de se demander sérieusement si elle n'a pas fait fausse route. Les autres « renonciations », c'est-à-dire celles qu'on rencontre en réalité, que sont-elles si on les exclut du concept de renonciation ? M. Bredin constate que cette théorie n'est qu'une « peau de chagrin qui n'a cessé d'aller en se rétrécissant » (7).

Pourtant, ce même auteur reconnaît qu'en dehors de cette théorie, toute ambition de construction ou de synthèse est vaine et qu'on est voué à une simple casuistique.

> « A celui qui croirait, par la magie d'un mot, unifier ce qui est divers, ordonner l'incohérent, les réalités invincibles ne renverraient que l'écho dérisoire de sa propre voix ! » (8).

Nous n'avons nullement l'intention de nous lancer dans une telle aventure. Qu'il nous suffise de constater que, dans la pratique, il y a deux sortes de renonciations : d'une part, les renonciations unilatérales et abdicatives, qui ne sont effectivement ni des actes à titre gratuit, ni des actes à titre onéreux, mais que nous pouvons exclure de notre étude, car elles ne pourront jamais, par hypothèse même, se rencontrer sous forme de clauses d'un contrat ou d'une libéralité (9) ; d'autre part, les renonciations conventionnelles, qui seules nous intéressent. Celles-ci seront toujours, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, et jamais purement abdicatives. Quant au domaine d'application de ces renonciations, il est immense. Il est d'ailleurs malaisé d'en faire le tour, car au fur et à mesure on découvre toujours de nouvelles stipulations qui peuvent s'analyser comme des renonciations. Or, ces renonciations conventionnelles sont fréquemment nulles.

2) La nullité des clauses de renonciation.

104. — Il est une façon très simple de donner un critère de la nullité des renonciations : sont nulles les renonciations à des droits d'ordre public. Mais n'est-ce pas définir une notion confuse par une

103. - (7) Rapport précité, p. 366.
(8) *Id.*, p. 380.
(9) Sauf, éventuellement, sous forme de conditions ou de charges de renonciation qui, en tant que telles, tomberont sous le coup de l'article 900. Mais il y a une différence essentielle entre une renonciation et une condition de renoncer.

autre notion confuse ? Il faudrait, en effet, déterminer quels sont les droits d'ordre public. D'aucuns répondent : ce sont les droits auxquels on ne peut pas renoncer. On se trouve dans un cercle vicieux, et il semble qu'il soit difficile d'en sortir (1). Il ne reste plus, alors, qu'à entreprendre une étude des différents cas de renonciations nulles, dont on pourra, le cas échéant, faire une synthèse ou, du moins, dégager quelques idées générales (2).

De même que pour les autres stipulations accessoires, notre objectif principal n'est pas de déterminer quand les clauses de renonciation sont nulles. Les indications à ce sujet permettent simplement de montrer que le problème de l'étendue de la nullité se pose, puisque ces clauses sont fréquemment nulles.

Parmi les clauses de renonciation nulles, certaines sont prohibées expressément par les textes (3). D'autres sont nulles parce qu'elles sont contraires à certains principes généraux du droit. Ainsi les renonciations au droit de retour légal ou au rapport des libéralités sont nulles parce qu'elles constituent des pactes sur successions futures. Mais la plupart des renonciations sont nulles du fait qu'elles concernent des droits d'ordre public, c'est-à-dire indisponibles pour les individus, quoique ces droits soient institués en leur faveur, dans un but de protection. Le législateur se méfie des renonciations à ces droits, car il les soupçonne de n'être pas consenties librement et en connaissance de cause, du moins lorsqu'elles sont faites à l'avance. Parmi ces cas, certains sont classiques, tel celui de la renonciation à l'action en nullité dans un contrat (4), ou à l'action en réduction pour atteinte à la réserve, ou encore à l'action en dissolution de la société. Les plus nombreux relèvent de la réglementation impérative de certains contrats : ainsi le preneur à bail, le salarié, l'assuré ne peuvent-ils pas renoncer d'avance aux prérogatives que la loi leur accorde (5).

3) L'incidence de la nullité d'une clause de renonciation sur le contrat principal.

105. — Les quelques auteurs français qui ont étudié les renonciations n'ont pas abordé la question de l'incidence de la nullité des clauses de renonciation sur les actes les contenant. Il est vrai que,

104. - (1) En ce sens : rapport Bredin, précité, p. 371.
(2) On trouvera sur ce point de précieuses indications dans les différents rapports, aussi bien français qu'étrangers, présentés à la session de 1960 de l'Association H. Capitant, t. XIII, pp. 283 à 485.
(3) Cf., à titre d'exemples : l'art. 1674 du Code civil pour l'action en rescision de la vente d'immeuble, l'art. 965 pour la révocation pour survenance d'enfant, l'art. 2220 pour la prescription...
(4) Cf. Bouzat, De la clause par laquelle une partie, dans une convention, s'engage à ne pas en demander la nullité, Rev. Crit., 1934, pp. 350 à 392.
(5) Cf. *supra*, n° 95.

pour ceux pour lesquels les seules véritables renonciations sont unilatérales et abdicatives, elle ne se posait même pas (1). Mais puisque les renonciations qui nous intéressent sont, en fin de compte, nécessairement des clauses accessoires ou complémentaires d'actes à titre onéreux ou de libéralités, il y a lieu de se demander si on ne peut pas renvoyer purement et simplement aux développements consacrés respectivement à ces deux catégories d'actes. En matière de libéralités, il faut, d'une part, ne pas confondre ce cas avec celui des libéralités réalisées sous forme de renonciations « *in favorem* », qui ne comportent en elles-mêmes aucune clause accessoire. Il y a lieu, d'autre part, de distinguer deux hypothèses. Lorsqu'une renonciation est imposée au bénéficiaire de la libéralité sous forme de condition ou de charge, et si celle-ci est nulle, ce qui n'est pas nécessairement le cas, c'est effectivement le droit commun qui s'appliquera : la nullité s'étendra à la libéralité elle-même si la condition ou la charge nulle a été la cause impulsive et déterminante pour le disposant. Lorsque la renonciation est, au contraire, le fait du disposant, — par exemple lorsqu'il renonce à la révocabilité pour survenance d'enfant ou au droit de retour légal, — le problème de l'étendue de la nullité ne peut guère se poser en pratique. En effet, la nullité de telles clauses ne sera demandée, en fait, que lorsque précisément les conditions de la révocation ou du droit de retour se trouvent remplies. Si la clause est alors annulée, la révocation est possible, le droit de retour s'exerce. Il n'y a donc aucun intérêt à soulever en outre le problème de la nullité de la libéralité. Cela serait plus évident encore si la clause portait renonciation à l'action en nullité. D'ailleurs, s'agissant de clauses qui privent le donateur de certaines prérogatives, celles-ci pourraient difficilement être considérées comme essentielles par rapport à une libéralité qu'elles tendent simplement à renforcer.

Les clauses de renonciation nulles sont beaucoup plus fréquentes dans les actes à titre onéreux. Va-t-on leur appliquer l'article 1172 ? La question ne semble pas avoir été soumise bien souvent à la jurisprudence (2). En principe, aucun obstacle ne s'oppose à l'application de ce texte. Si donc la clause de renonciation a été une condition

105. - (1) Il est cependant significatif que, parmi les différents rapports présentés à l'Association H. Capitant, références précitées, le rapport français soit l'un des seuls à ne pas avoir envisagé cet aspect du problème. Les rapports espagnol et suisse, notamment, lui consacrent des développements substantiels. Le rapporteur général lui-même n'a pas jugé utile de soulever ce problème dans sa synthèse des rapports nationaux : c'était un professeur français.

(2) Selon le rapporteur espagnol à la session de l'Association H. Capitant, *op. cit.*, p. 311, note 1, la doctrine française considère applicable à la question l'article 1172. Mais les références qu'il indique concernent le problème de ce texte en général et non le cas particulier des clauses de renonciation.

impulsive et déterminante du contrat, celui-ci devra subir le même sort que celle-là. Cependant, une réserve importante doit être faite. Les clauses de renonciation sont nulles lorsqu'elles contreviennent à des dispositions d'ordre public. Or, il arrive fréquemment que les mêmes raisons d'ordre public, qui font que la clause est nulle, exigent que cette nullité ne s'étende pas au contrat, quelle que soit l'importance de la clause en question dans l'intention des parties. Tel sera le cas, notamment, des clauses portant renonciation anticipée à des prérogatives accordées par le statut impératif des baux, du contrat de travail, etc... De ce point de vue, les clauses de renonciation ne se distinguent donc en rien des autres formes de clauses contraires à ces statuts, clauses qui peuvent en fait très souvent être analysées comme des renonciations.

106. — Ces développements pourraient faire croire que la nullité partielle impérative est une sanstion propre à cette législation dirigiste récente. En réalité, il n'en est rien. Cette sanction doit être appliquée à tous les cas dans lesquels le but de la loi et l'efficacité de la répression de ses violations l'exigent. L'article 900 lui-même n'était, à l'origine, que l'expression de cette nécessité : les difficultés sont apparues précisément lorsque l'ordre public, essentiellement changeant, n'exigeait plus une telle sanction. Mais le Code civil renferme d'autres prohibitions, tout à fait classiques, qui correspondent à cette idée et pour lesquelles l'article 1172 semble devoir être écarté. Tel est le cas, notamment, de l'article 1674 qui interdit de renoncer à l'action en rescision pour lésion. Un jugement du Tribunal civil de la Seine, du 20 décembre 1947 (1), nous en fournit une illustration.

Dans le cadre d'un bail, une promesse de vente avait été consentie au preneur, avec la clause suivante :

> « La rescision ne sera applicable que si la monnaie nationale contient un poids d'or inférieur à celui actuel. »

Indépendamment d'une délicate question d'interprétation de la clause, il a été jugé qu'elle constituait une renonciation anticipée à l'action en rescicion pour lésion. Son caractère conditionnel n'empêchait pas qu'elle soit nulle. Le bailleur promettant soutenait que :

> « cette clause a, aux termes de l'article 1172 du Code civil, rendu nulle la promesse de vente dont la condition illicite était une modalité. »

Mais le tribunal refuse de prononcer la nullité du contrat pour deux raisons.

> « Attendu, dit-il d'abord, qu'il est admis en droit et en jurisprudence que, dans les contrats à titre onéreux, le caractère illicite

106. - (1) G.P., 1948.I.56, R.T.D.Civ., 1948, p. 332, n° 3, obs. H. et L. Mazeaud.

d'une condition n'entraîne la nullité de la convention entière que si cette condition se rapporte à l'objet même du contrat, mais qu'il n'affecte en rien la validité de la convention elle-même quand la condition est accessoire ; attendu qu'il apparaît que la renonciation à l'action en rescision par le vendeur est indépendante de la vente ou de la promesse de vente... dont elle ne constitue qu'une clause accessoire. »

Cette première partie de l'argumentation, entièrement fondée sur le droit commun, c'est-à-dire sur l'article 1172, paraît assez critiquable, en droit comme en fait. En droit, le tribunal semble se placer sur un plan exclusivement objectif pour apprécier le caractère accessoire ou essentiel de la clause. L'expression « se rapporte à l'objet même du contrat » est surtout révélatrice. Ce qui importait en réalité, c'était de savoir si cette clause, indiscutablement accessoire au point de vue objectif, n'avait pas joué un rôle essentiel dans l'intention des parties.

« Le bailleur aurait-il consenti une promesse de vente s'il n'avait pas été garanti contre les dangers d'une dévaluation ? se demandent MM. H. et L. Mazeaud (2). Il paraît téméraire de l'affirmer, » répondent-ils.

Telle est la critique de fait qu'on peut adresser à ce jugement. Mais c'est surtout par la suite du raisonnement que cette décision est intéressante à notre point de vue, quoique cet argument n'ait été que subsidiaire pour les juges :

« ... Qu'il serait du reste illogique d'en juger autrement, et, en décidant que la renonciation à l'action en rescision par le vendeur dans le contrat entraîne la nullité de la vente, de RENDRE INUTILE L'INTERDICTION de cette renonciation portée par le législateur dans l'article 1674. Attendu en conséquence que la clause litigieuse ne peut en rien constituer une cause de nullité de la promesse de vente... »

N'est-ce pas là la véritable explication, malgré les apparences, du refus d'annuler le contrat ? Il y a tout lieu de le croire. Lorsque le législateur prohibe, expressément ou implicitement, une clause quelconque, la sanction doit être efficace. Dans la mesure où cette efficacité est compatible avec le respect de la volonté des parties — ce qui est le plus souvent le cas —, l'article 1172 doit être appliqué. Mais lorsque de ce fait la sanction est inefficace, c'est le but de la règle de droit qui doit l'emporter sur l'intention des parties. Ce jugement nous permet de montrer que cette idée n'est pas un succédané de la législation dirigiste contemporaine, puisqu'une disposition du Code civil aussi classique que l'article 1674 exige sa mise en œuvre. Il n'était, dès lors, pas inutile d'y insister.

107. — Et pourtant, nous croyons que, sur les deux points examinés, les magistrats du Tribunal civil de la Seine ont, en réalité, fait

106. - (2) Obs. précitées à la R.T.D.Civ., 1948.

fausse route. Non point que nous rejetions maintenant le raisonnement que nous venons de tenir, bien au contraire. Mais il nous paraît inapplicable à l'espèce. Cette hypothèse est représentative des difficultés inattendues que le problème de l'étendue de la nullité recèle parfois. Quelques remarques à ce sujet ne sont donc pas superflues.

Raisonnons tout d'abord sur l'application de l'article 1172 à l'espèce, en supposant que ce texte fût effectivement applicable. L'action en nullité de la clause de renonciation ne présente d'intérêt pratique que s'il est vraisemblable que les conditions de la rescision pour lésion sont réunies. Dans ce cas, la nullité du contrat, en vertu de l'article 1172, et la rescision pour lésion ne font-elles pas double emploi ? Ce n'est pas certain, car il sera plus simple pour le vendeur de demander la nullité du contrat sur la base de l'article 1172 que d'agir en rescision, cette dernière action exigeant généralement une expertise, peut-être longue et coûteuse. Mais en réalité, celui qui a stipulé la clause de renonciation, c'est évidemment l'acheteur éventuel. C'est donc pour lui qu'elle a pu être, le cas échéant, une condition impulsive et déterminante, et en aucun cas pour le vendeur, qui a tout à gagner à cette nullité de la clause (1). Généralement, lorsque le problème de l'étendue de la nullité se pose, c'est la partie à laquelle la clause litigieuse impose une obligation qui en demande la nullité, et c'est l'autre partie qui agit reconventionnellement en nullité du contrat, en prétendant que sans cette obligation de l'autre partie elle n'aurait pas contracté. Dans notre hypothèse, le bailleur-promettant demande à la fois la nullité de la clause — ce qui est normal — et celle du contrat. Il peut évidemment avoir, à cette dernière requête, de très bonnes raisons personnelles, ne serait-ce que la possibilité de vendre plus cher actuellement. Mais LE RECOURS A L'ARTICLE 1172 DOIT CERTAINEMENT LUI ÊTRE REFUSÉ, car pour lui, débiteur de l'obligation, la clause de renonciation n'a, en aucun cas, pu constituer une condition impulsive et déterminante. Il ne saurait prétendre de bonne foi qu'il n'aurait pas contracté à des conditions plus avantageuses pour lui. Seul son cocontractant aurait donc pu invoquer cet argument. Sur ce point, et le tribunal, et MM. H. et L. Mazeaud (2), se sont laissés abuser. Il est vrai qu'*a priori* le recours à l'article 1172 ne paraît être restreint par aucune limite de ce genre (3).

107. - (1) Sur le caractère unilatéral ou bilatéral de la notion de condition impulsive et déterminante, cf. *infra*, n°s 282 s.

(2) Ces auteurs évoquent (cf. citation ci-dessus) les dangers de la dévaluation. Or la clause a été annulée en tant que renonciation à l'action en rescision et non pas en tant que clause monétaire !

(3) Ce n'est que très rarement que l'article 1172 a été ainsi invoqué à tort, semble-t-il. Cf. cependant, *supra*, n° 97 et note 5, une espèce où la Cour de Nancy a commis la même erreur.

S'agissant, maintenant, de l'efficacité de la sanction de la renonciation à l'action en rescision pour lésion, la rectification de la première erreur enlève, en fait, son intérêt à cette seconde difficulté. En prohibant cette renonciation, l'article 1674 tend à protéger le vendeur contre son acheteur. Lorsque la clause est nulle, cela signifie que le vendeur pourra agir en rescision. Si l'acquisition de l'immeuble à un prix supérieur ne convient plus à l'acheteur — qui seul, à notre avis, pourrait invoquer l'article 1172 — il ne tient qu'à lui de laisser s'opérer la rescision, qui n'est qu'une forme particulière de nullité, en n'offrant pas le supplément de prix. Mais demander reconventionnellement la nullité du contrat ne présente guère d'intérêt pour lui, si ce n'est celui d'être fixé plus rapidement sur le sort de la vente. Mais si le vendeur a agi en nullité de la clause, il aura vraisemblablement demandé en même temps la rescision de la vente.

Finalement, le Tribunal civil de la Seine a posé un principe d'efficacité parfaitement valable, mais il n'a été amené à s'en servir que parce qu'il avait commis une erreur concernant la recevabilité de la demande d'annulation du contrat formulée par l'auteur de la promesse de vente.

108. — Si, en fin de compte, cette matière des clauses de renonciation ne présente pas de réelle originalité par rapport aux autres stipulations accessoires et complémentaires des actes à titre onéreux ou à titre gratuit, encore convenait-il de le démontrer, car la controverse relative à la notion même de renonciation pouvait faire croire, de prime abord, que ni l'article 900, ni l'article 1172 ne serait applicable. En outre, de telles clauses se rencontrent à la fois dans les libéralités et dans les contrats à titre onéreux. Ces deux particularités nous paraissent justifier les développements spéciaux que nous avons consacrés à cette matière, d'autant plus qu'ils nous ont fourni l'occasion d'apporter un certain nombre de précisions importantes, dont la portée déborde largement le cadre des clauses de renonciation.

Section II

LA NULLITE DES STIPULATIONS CONCERNANT UN ELEMENT ESSENTIEL D'UN ACTE JURIDIQUE

109. — Alors que précédemment, s'agissant des clauses accessoires ou complémentaires, le problème de l'étendue de la nullité se posait ou aurait pu se poser en toute hypothèse, lorsqu'il s'agit, au contraire, de dispositions nulles concernant les éléments essentiels des actes juri-

diques (1), la nullité est en principe toujours totale. Il ne peut, par exemple, y avoir de vente sans prix, de bail sans objet loué, etc... Si la clause qui détermine l'un de ces éléments est nulle, le contrat ne peut pas subsister, de même qu'un corps humain ne peut vivre lorsqu'un organe vital se trouve hors d'usage (2).

A ce principe, il y a cependant un certain nombre d'exceptions. La plus importante réside dans le mécanisme de la réduction. Lorsque la clause relative à un élément essentiel n'est viciée que dans le *quantum* fixé par les parties, ce n'est souvent que dans la mesure de l'excès que la nullité opérera : on réduira par conséquent cet élément dans cette mesure. Mais en dehors de cette hypothèse, qui relève d'une technique toute particulière (3), il y a quelques autres exceptions, moins importantes, au principe de la nullité totale et qui, par la technique utilisée, ressemblent plutôt à la nullité des clauses accessoires ou complémentaires. Les clauses ainsi annulées ne se distinguent de ces dernières que par leur contenu, qui concerne un élément essentiel à l'existence de l'acte.

Les diverses hypothèses concrètes de nullité partielle que l'on peut grouper sous le titre indiqué correspondent à des idées, à des techniques, à des situations très différentes. Tantôt, un élément essentiel d'un acte est aménagé par les parties dans le cadre d'un ensemble de clauses, dont certaines seulement sont viciées. Il se pourra aussi que cet élément soit de composition complexe et que le vice ne l'affecte que dans l'une de ses parties. Il s'agit là essentiellement de nullités partielles relatives à l'objet de l'acte juridique. Tantôt, des clauses litigieuses, qui se présentent apparemment sous la forme de clauses accessoires, concernent en fait un élément essentiel impérativement réglementé. Les clauses en question, qui sont surtout relatives au prix, ne sont que des moyens détournés, destinés à éluder la réglementation. Parfois, la nullité ne concerne que certaines personnes dans un contrat multilatéral ou dans un contrat bilatéral dans lequel la place de l'une des parties est tenue par plusieurs personnes. Il se peut, enfin, qu'un élément essentiel d'un acte soit nul tel que les parties l'ont voulu, mais que, pour des raisons d'ordre public particulières, le contrat soit maintenu, la lacune étant comblée par une disposition législative.

109. - (1) L'expression « éléments essentiels » désigne ici non pas les conditions de validité abstraites de l'acte : cause, consentement..., mais les éléments concrets : prix, durée, objet..., qui sont de l'essence même de l'acte et qui se trouvent exprimés par un certain nombre de clauses. Le terme « essentiel » est donc pris ici dans son sens objectif.

(2) Cf. à titre d'exemple : Civ., 6 octobre 1965, Bull., 1965, n° 517, p. 390.

(3) Cf. *infra*, Titre II, n°s 174 ss.

§ 1. — Nullités partielles concernant l'objet de l'acte.

110. — Une fois de plus, il faut s'entendre au départ sur le sens des termes. Celui d'objet en possède essentiellement deux : tantôt l'objet représente le bien dont l'acte juridique opère transfert de propriété ou modification du statut : tantôt ce terme désigne l'opération juridique envisagée dans cet acte.

L'objet au sens matériel peut donner lieu à des nullités partielles en raison de sa structure. Il en est ainsi lorsqu'il est composé de plusieurs biens distincts : une vente, un bail peuvent porter sur plusieurs biens à la fois et n'être nuls, le cas échéant, que par rapport à l'un d'entre eux. Cependant, dans un tel cas, l'acte est souvent considéré comme un acte « complexe », comprenant plusieurs opérations juridiques de même nature, relatives à des biens distincts (1). Mais que l'on considère cet acte comme un acte « complexe » ou comme un acte « simple » ayant un objet complexe, la solution est la même : la nullité n'est en principe que partielle, sauf lorsque les divers objets ou biens en question sont indivisibles. Etant donné que la jurisprudence se sert ici du critère de l'indivisibilité, qui est précisément celui au moyen duquel elle résout le problème de l'étendue de la nullité en matière d'actes « complexes », nous renvoyons, pour ces hypothèses, à l'étude de ces actes (2). Il est cependant un cas de nullité partielle concernant l'objet de l'acte au sens matériel qui est plus délicat : c'est l'hypothèse d'un individu concédant des droits sur un bien dont il n'est lui-même que copropriétaire indivis. On ne saurait assimiler ce cas à un acte « complexe ». Aussi l'examinerons-nous en premier lieu.

Au sens d'opération juridique, l'objet donne également naissance à des cas de nullité partielle. En effet, l'opération juridique réalisée par le contrat n'est pas toujours aussi simple que dans la donation, la vente ou le bail. Elle peut être complexe, sans que pour autant le contrat soit un contrat « complexe » au sens précis que nous donnons à ce terme. Tel est le cas du contrat de société, auquel nous nous arrêterons en second lieu (3).

110. - (1) Cf. *infra*, chapitre II, n°s 131 ss.

(2) Cf. *infra*, chapitre II, n°s 131 ss., et, sur la notion d'indivisibilité, IIe partie, n°s 291 ss.

(3) On peut mentionner également, à cette place, le cas du contrat de mariage, dans la mesure où il y a nullité d'une « clause de régime », selon l'expression de Barathon (*op. cit.*, p. 95), c'est-à-dire d'une clause des conventions matrimoniales proprement dites, par opposition aux opérations annexes qui sont souvent greffées sur le contrat de mariage (cf. *infra*, n°s 137 ss.). La nullité de telles clauses est rare en pratique. L'exemple le plus fameux est sans doute celui de la clause commerciale. Mais le problème de l'étendue de la nullité n'est pratiquement jamais

1) Nullité partielle de la cession d'un bien indivis.

111. — Il faut se garder de confondre transfert de propriété d'un bien indivis (1) et cession de la part indivise elle-même. La validité d'une telle cession n'a jamais été contestée. Le cas qui nous intéresse est celui dans lequel un coïndivisaire vend, donne ou lègue un bien déterminé faisant partie de l'indivision. Un tel acte est évidemment inopposable aux autres coïndivisiaires (2). Mais, entre les parties, est-il nul intégralement ou reste-t-il valable pour la part indivise du cédant ? Vente et libéralité posent des problèmes différents, de ce point de vue.

Partant des deux constatations selon lesquelles, d'une part, la vente de la chose d'autrui est nulle en vertu de l'article 1599 du Code civil et, d'autre part, la cession de la part indivise valable, la jurisprudence admet comme solution de principe que la nullité de la vente d'une chose indivise n'est que partielle, le contrat restant valable pour la part indivise du vendeur (3).

posé en cas de nullité de telles clauses de régime : elles sont simplement réputées non écrites. Sur ces questions, cf. Barathon, *op. cit.*, pp. 95 ss. ; Planiol et Ripert, t. VIII, par Boulanger, n°s 88 ss., pp. 192 ss. Si le problème de l'étendue de la nullité était posé, il devrait, nous semble-t-il, être résolu en distinguant deux hypothèses. Si la nullité affectait une clause objectivement essentielle du contrat, c'est-à-dire une clause sans laquelle la convention n'aurait plus de sens et ne serait plus viable, la convention tout entière devrait être anéantie pour indivisibilité objective. (On peut invoquer en ce sens les motifs d'un arrêt de la Cour de Bordeaux du 1er juillet 1886, D.P., 1886.II.283). Si, au contraire, c'est une clause objectivement accessoire qui était viciée, cette clause laissant au reste du contrat toute son utilité, celui-ci devrait subsister même si, dans l'intention des parties, cette clause était une condition *sine qua non* du contrat : pour l'explication de cette opinion, cf. *infra*, n° 140.

111. - (1) Le problème ne peut guère se poser qu'en cas de transfert de propriété : vente, donation, legs. Certes, il se peut également qu'un coïndivisaire concède un bail sur la chose indivise. Mais le maintien partiel du bail ne se conçoit pas. Une part indivise est une part abstraite dont on peut être propriétaire, mais non locataire.

(2) Cf. par ex. : Civ., 15 janvier 1968, D. 1968, p. 263.

(3) Cf. Civ., 23 avril 1879, D.P., 1879.I.212 ; Civ., 18 novembre 1879, D.P., 1880.I.55 ; Civ., 28 février 1894, D.P., 1894.I.235 ; Bordeaux, 1er décem-1899 (motifs), D.P., 1900.II.381 ; Civ., 20 juillet 1925, D.H., 1925, p. 649, R.T.D.Civ., 1926, p. 157 ; Civ., 22 novembre 1926, D.P., 1929.I.123, note Lalou, S. 1927.I.169, note Vialleton ; T.C. Seine, 2 juin 1946, G.P., 1946.II.20 ; Lyon, 27 décembre 1948, D. 1949, p. 274 ; Lyon, 6 novembre 1950, D. 1951, Somm., p. 36 ; Civ., 3 mars 1953, D. 1953, p. 301 ; Civ., 7 janvier 1955, J.C.P., 1955, éd. N., n° 8835, D. 1955, p. 165 ; T.G.I. Cahors, 28 février 1963, rapporté au J. Cl. Civ., art. 1599, mise à jour 1963, n° 87. *Contra*, quelques décisions qui ont prononcé, sans explications, la nullité totale de la vente : Bastia, 18 avril 1855, D.P., 1855.II.305 ; Bastia, 3 mars 1858, S. 1858.II.241 ; Bruxelles, 3 janvier 1891, D.P., 1891.II.358 ; Bordeaux, 26 avril 1926, D.P., 1927.II.103, note Minvielle. Plusieurs des arrêts précités de la Cour de cassation (Civ.,

« Attendu, dit le jugement du Tribunal de grande instance de Cahors du 28 février 1963, que si un indivisaire vend un bien indivis sans avoir le consentement de ses coïndivisaires, il y a vente de la chose d'autrui pour les quotes-parts appartenant aux indivisaires autres que le vendeur. Qu'en principe la nullité de la vente n'est que partielle et ne concerne que les parts des indivisaires autres que le vendeur ; qu'elle ne doit pas s'étendre à la part indivise des vendeurs, car pour cette part il n'y a pas eu vente de la chose d'autrui. »

Mais l'acquéreur va-t-il ainsi se trouver copropriétaire forcé, alors qu'il voulait, par hypothèse, acquérir la propriété pleine et entière ? Une telle conséquence ne saurait être admise. D'ailleurs, certaines décisions de la jurisprudence, lorsqu'elles précisent que la nullité n'est que partielle « en principe » (4) ou que, selon une formule de style, « cette nullité ne s'étend pas de plein droit à la promesse de vente de la part indivise» (5), suggèrent elles-mêmes que la nullité partielle n'est peut-être pas la solution définitive. Il faut, de toute évidence, laisser à l'acquéreur la possibilité de se désintéresser totalement de ce contrat qui peut ne plus présenter aucun avantage pour lui. En effet, le transfert de la propriété entière du bien a pu être pour lui essentiel, lorsque, par exemple, ce bien était destiné à remplir certaines fonctions supposant une occupation effective, fonctions que l'acquisition d'une part indivise ne saurait remplir.

112. — Mais quel procédé juridique cet acquéreur pourra-t-il utiliser pour obtenir l'anéantissement total du contrat ? Sur ce point, les auteurs sont loin d'être d'accord. Ils distinguent le plus souvent selon que l'acquéreur a été de mauvaise ou de bonne foi, c'est-à-dire selon qu'il a ou non su que le vendeur n'était que propriétaire indivis. Dans le premier cas, ils admettent généralement la nullité partielle et lui refusent la possibilité de se défaire du contrat (1). Pour le cas où l'acquéreur a été de bonne foi, différents moyens ont été proposés pour lui permettre de se débarrasser de ce contrat. Certains auteurs (2) ont songé à l'action en nullité pour erreur substantielle sur les qualités du vendeur ou sur les qualités de la chose vendue. D'autres (3) ont fait appel à l'article 1636 du Code civil :

18 novembre 1879, 22 novembre 1926 et 3 mars 1953) cassent précisément des arrêts de Cours d'appel ayant prononcé la nullité totale.

111. - (4) T.G.I. Cahors, précité.
(5) Civ., 18 novembre 1879, 22 novembre 1926, 3 mars 1953, précités.

112. - (1) Cf., par exemple, VIALLETON, note précitée au S. 1927.I.169 ; MINVIELLE, note précitée au D.P., 1927.II.103 ; AUBRY et RAU, 5 éd., t. V, § 351, p. 54.
(2) Cf. VIALLETON, note précitée, et LALOU, note au D.P., 1929.I.123.
(3) Cf. GUILLOUARD, Traités de la vente et de l'échange, t. I, n° 190, p. 217 ; Planiol et Ripert, t. X, par HAMEL, GIVORD et TUNC, n° 51, p. 55 ; note au D.P., 1880.I.55. Ce système est mentionné aussi par VIALLETON dans sa note précitée.

« Si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose, et qu'elle soit de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente. »

Dans ce système, la nullité ne sera toujours que partielle, puisque l'action en résiliation subséquente est de nature tout à fait différente. Assez curieusement, la jurisprudence, pourtant abondante en cette matière, n'a pas eu à se prononcer sur ce problème, semble-t-il.

Pourtant, l'action en nullité fondée sur l'article 1599 recèle, à notre avis, des possibilités suffisantes pour résoudre tous les problèmes posés par la vente d'un bien indivis, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des actions distinctes, telles que l'action en résiliation ou en nullité pour erreur. Ne serait-il pas plus simple et plus logique, en effet, d'admettre que la nullité, en ce qui concerne les parts indivises des autres coïndivisaires, s'étendra à la cession tout entière, lorsque l'acquisition de la propriété pleine et entière aura été essentielle pour l'acquéreur, aura joué pour lui le rôle d'une condition impulsive et déterminante (4) ? Une telle solution aurait l'avantage appréciable de n'exiger qu'une seule action en justice. Elle serait suffisamment fondée sur le principe d'autonomie de la volonté et sur la notion d'indivisibilité subjective que la jurisprudence utilise largement en matière d'actes « complexes » et qui, sous des termes différents, exprime très exactement la même idée que la notion de condition impulsive et déterminante. Ce système aurait en outre l'avantage de rendre inutile la distinction *a priori* entre les cas où l'aquéreur était de bonne ou de mauvaise foi. S'il est prouvé, en effet, qu'il a su quels étaient les droits de son cocontractant, il ne pourra plus invoquer la nullité totale, puisqu'il est évident, dans ce cas, que l'acquisition de la totalité n'aura pas été pour lui une condition *sine qua non*. On respectera ainsi directement les intentions des parties, au lieu de recourir à des procédés plus détournés — erreur sur la substance, éviction partielle — qui, au fond, ressortissent de la même idée : le caractère déterminant de l'acquisition de la totalité.

113. — Un autre facteur intervient, cependant, dans ce problème et risque de perturber le mécanisme mis au point : c'est le fait que l'indivision n'est qu'un état passager, destiné à disparaître par suite

112. - (4) On pourrait invoquer en ce sens AUBRY et RAU, 5 éd., t. V, § 351, p. 54 : « Toutefois l'acheteur peut en provoquer l'annulation pour le tout, lorsqu'il a ignoré l'existence de l'indivision, et que d'ailleurs il ne ressort pas des circonstances qu'il eût également contracté au cas même où il l'aurait connue. »

Mais ces auteurs n'indiquent aucun fondement à leur raisonnement. V° également MINVIELLE, note au D.P., 1927.II.103. *Contra :* WAHL, note au S. 1895.IV.25, qui préconise la nullité partielle en toute hypothèse.

d'un partage. Or, ce partage aura un effet déclaratif. Quelle sera l'incidence de cette particularité sur les solutions auxquelles nous sommes parvenus ? Deux situations doivent être distinguées.

Si le partage est intervenu avant l'action en nullité, et si le bien vendu est finalement tombé dans le lot du copartageant-vendeur, le vice originaire de la vente aura disparu par l'effet déclaratif. L'acte se trouve rétroactivement validé. On voit mal, d'ailleurs, quel intérêt le vendeur ou l'acheteur pourraient encore avoir à demander la nullité de la vente. Si, au contraire, le bien en question a été attribué à un autre copartageant, celui-ci est censé en avoir été propriétaire au moment de la vente. On se trouve donc en présence d'une vente de la chose d'autrui pure et simple, nulle intégralement en vertu de l'article 1599 (1).

Pour le cas où le partage n'est pas encore intervenu au moment de l'action en nullité, on a proposé de rejeter celle-ci, ou du moins de surseoir à statuer, sous prétexte que le partage clarifiera la situation. Ainsi le professeur Vialleton écrit-il :

> « Au point de vue des droits de disposition, l'effet déclaratif implique que les pouvoirs de chacun sont entiers, mais virtuels, et que les aliénations faites sont, dès l'origine, valables, mais conditionnelles » (2).

Quelques arrêts anciens de Cours d'appel avaient adopté ce système (3), repris plus récemment par la Cour de Lyon, dans un arrêt du 27 décembre 1948 (4).

> « Attendu qu'il résulte (de l'effet déclaratif du partage) que la difficulté soumise à la Cour ne pourra être résolue qu'après l'établissement du partage de la communauté C.-B. ; qu'il y aura lieu, en conséquence, ... de surseoir à statuer jusqu'à cet établissement. »

Il est évident que si cette solution était généralisée, tout problème de nullité partielle serait écarté. La vente serait, selon les cas, rétroactivement validée ou anéantie, mais toujours en totalité. En réalité, la Cour de cassation n'a jamais admis ce raisonnement. Elle a cassé à plusieurs reprises des décisions de juridictions inférieures qui l'avaient adopté (5). La plupart des arrêts précités (6) le condamnent d'ailleurs implicitement, puisqu'ils admettent, en fin de compte, la nullité partielle.

113. - (1) Cf. en ce sens : Req., 7 janvier 1885, S. 1886.I.164. V° également note Lalou au D.P., 1929.I.123.
(2) Cf. note au S. 1927.I.169. V° également en ce sens : Wahl, note précitée au S. 1895.IV.25 ; Baudry-Lacantinerie et Saignat, t. XIX, n° 121.
(3) Cf. Bordeaux, 11 juin 1857, S. 1857.II.666 ; Montpellier, 27 janvier 1858, S. 1859.II.309 ; Bordeaux, 1er décembre 1899, D.P., 1900.II.381.
(4) D. 1949, p. 274.
(5) Cf. Civ., 24 juillet 1866, D.P., 1867.I.36 ; Civ., 28 février 1894, D.P., 1894.I.235.
(6) Cf. *supra*, note 3 n° 111.

Pourtant, à certaines conditions, la solution de la Cour de Lyon pourrait paraître préférable. Il faudrait, d'une part, que l'acquéreur n'ait pas un besoin urgent d'être fixé, et, d'autre part, que le partage en question soit en cours ou imminent, le vendeur ayant été mis en demeure de l'obtenir dans un bref délai. On peut d'ailleurs se demander si l'acquéreur lui-même ne pourrait pas demander le partage. Du moment que la nullité n'est *a priori* que partielle, l'acquéreur est devenu coïndivisaire du bien, aux lieu et place du vendeur (7). Il n'y a aucune raison de ne pas lui laisser cette possibilité. Mais ce ne doit être qu'une possibilité, non une obligation. Un acquéreur de bonne foi ne saurait être contraint d'accepter cette situation de coïndivisaire, alors qu'il voulait obtenir la pleine propriété (8). Il ne semble donc guère possible de laisser aux juges du fond la faculté de surseoir à statuer.

114. — Bien qu'en cas de libéralité portant sur un bien indivis le point de départ soit tout à fait identique, les conséquences en sont différentes. Deux hypothèses doivent encore être distinguées.

Si les autres coïndivisaires du disposant sont en même temps ses héritiers, la libéralité portant sur un bien indivis pourra être analysée, le cas échéant, en une charge imposée à ceux-ci. Dans cette mesure, cette libéralité sera valable. Mais elle ne le sera que si la charge en question l'est. Si, par exemple, cette charge porte atteinte à la réserve de ses héritiers, la libéralité sera nulle ou, du moins, réductible (1).

Lorsque les autres coïndivisaires ne sont pas les héritiers du disposant, le legs ou la donation est nul pour leurs parts, valable pour la part indivise du testateur. Il y a donc nullité partielle. Mais dans ce cas, aucune demande en nullité totale n'est concevable. Si, dans ces conditions, la libéralité ne présente plus d'intérêt pour le bénéficiaire, il ne tient qu'à lui d'y renoncer. Si, au contraire, cet intérêt subsiste, ce qui sera généralement le cas, le bénéficiaire sera coïndivisaire à la place de son auteur. Quant aux cohéritiers du disposant, ils n'ont, avant le partage, aucun intérêt à demander la nullité totale de la libéralité. C'est ce qu'a décidé la Cour suprême dans un arrêt du 22 mars 1965 (2) :

> « que J.L. a réclamé "la nullité de la totalité de la donation", que la donation étant valable dans la mesure de la quote-part du donateur sur les biens donnés, il ne pouvait être fait droit à sa demande de nullité pour le tout que d'après les résultats du partage et dans l'hypothèse où les biens donnés seraient mis à son lot. »

113. - (7) En ce sens, VIALLETON, note précitée.
(8) En ce sens, GUILLOUARD, t. I, n° 190 précité.
114. - (1) Cf. en ce sens : Paris, 19 octobre 1927, D.H., 1927, p. 561.
(2) Civ., 22 mars 1965, Bull., 1965.I, n° 201, p. 148.

Le sort de la libéralité sera donc fixé lors du partage. Si le bien légué ou donné tombe dans le lot du disposant, l'acte sera rétroactivement validé par la vertu de l'effet déclaratif du partage ; sinon il sera nul comme legs ou donation de la chose d'autrui (3).

2) NULLITÉ PARTIELLE DE L'OBJET EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS.

115. — Le contrat de société est, par excellence, celui dont l'objet — il s'agit cette fois de l'objet au sens d'opération juridique — peut être complexe. En réalité, même en restant dans le cadre de cette acception plus abstraite du terme « objet », il faut encore distinguer deux sens différents. Tantôt l'objet désigne l'activité de la société créée : l'exploitation de telle usine, la production de tel bien,... En ce sens, on parle plutôt de l'« OBJET DE LA SOCIÉTÉ ». Cet objet peut être multiple, donc partiellement nul. Tantôt le terme d'objet sert à caractériser la finalité intrinsèque, l'essence même du contrat de société : la mise en commun d'apports en vue de réaliser et de partager des bénéfices. C'est là une opération juridique originale, qui ne ressemble à aucune autre. Cette fois l'expression d'« OBJET DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ » est tout à fait adéquate pour désigner ce sens plus abstrait encore que le précédent du terme « objet ». Lorsque l'un des éléments qui forment la structure fondamentale de cette construction originale qu'est le contrat de société fait défaut, le contrat ne peut exister. Il en est ainsi, par exemple, s'il n'y a pas d'apports, s'il n'y a qu'un seul associé, etc... A ce point de vue, un problème délicat s'est posé en pratique, relativement aux CLAUSES LÉONINES qui peuvent se trouver incluses dans un contrat de société. Examinons successivement la nullité partielle de l'objet dans le cadre du contrat de société à ces deux points de vue.

a) *L'objet complexe.*

116. — Lorsqu'une société se propose de cumuler diverses activités, il se peut très bien que certaines d'entre elles soient illicites, immorales ou impossibles. Dans cette mesure, l'« objet de la société » est nul. Cette nullité entraînera-t-elle celle du contrat tout entier ? Joseph Hémard (1) écrit, à ce sujet :

> « Remarquons que, si une société poursuivait plusieurs objets et que l'un d'eux fut illicite, la nullité de la société n'en devrait

114. - (3) Cf. Planiol et Ripert, t. V, par TRASBOT et LOUSSOUARN, n° 606, pp. 760 ss., et les références citées. Il y a lieu de mentionner ici la situation particulière faite aux legs du mari portant sur des biens de la communauté. Ces legs sont toujours exécutés : en nature si les biens légués tombent dans le lot du mari, en valeur dans le cas inverse (art. 1423).

116. - (1) Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait, 2e éd., 1926, p. 77, n° 60.

pas moins être prononcée, sauf à régler l'ensemble des opérations licites d'après le droit commun. »

Sans la dernière proposition, qui est pour le moins obscure, on pourrait croire que cet auteur opte pour la nullité totale du contrat. Quelques pages auparavant, il s'exprimait pourtant en des termes différents :

« Une impossibilité partielle d'exploitation ne suffirait pas si le but assigné à la société est complexe, s'il comprend toute une série d'opérations » (2).

La juxtaposition de ces deux passages nous fait penser que cet auteur n'est pas opposé au maintien du contrat dans la mesure où l'objet est licite.

C'est en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence. S'agissant d'une association en participation constituée en vue de l'achat et de la vente de minerais et de la recherche de gisements, la première opération étant interdite, la Chambre commerciale de la Cour suprême, dans un arrêt du 9 décembre 1957 (3), admet que l'anéantissement n'est que partiel :

« Attendu... que l'interdiction de l'achat de minerais... n'a pas anéanti la totalité de l'objet de l'association, qui devait se perpétuer jusqu'à ce que l'accord des parties lui substituât une autre forme de société... suivant le § 4 de la convention. »

En réalité, dans cette affaire, ce n'est pas de nullité qu'il s'agissait. L'interdiction d'acheter du minerai était, en effet, postérieure au contrat. L'exécution du contrat était donc partiellement impossible, mais son objet n'était pas nul, la nullité ne pouvant être due qu'à un vice originaire. Et c'est bien la dissolution et non la nullité que les associés ont demandée, en l'occurrence. Mais sans aucun doute la solution eût été la même s'il s'était agi de nullité. Dans de nombreux domaines l'étendue de la nullité et de la résolution obéit aux mêmes critères. C'est en partie pour cela que la confusion entre les deux est si fréquente (4).

Pourtant, si la solution de la nullité partielle était systématique, c'est-à-dire si la société était maintenue dès lors que l'objet n'est que partiellement nul, elle serait critiquable. Si effectivement la nullité ne doit affecter le contrat de société que dans la mesure où il est vicié, il ne doit en être ainsi que si le maintien partiel n'est pas contraire aux intentions des associés. Lorsque c'est la principale opération envisagée dans le contrat dont la réalisation est prohibée, la nullité devra

116. - (2) *Op. cit.*, p. 49, n° 36.
(3) Bull., 1957.III., n° 339, p. 291. Cf. dans le même sens : T. Com. Lyon, 28 février 1944, J. Soc., 1945, p. 115, note Bosvieux. V° également : Houpin et Bosvieux, Traité général des sociétés, 7e éd., n° 208.
(4) Cf. *infra*, note 2 n° 183.

se répercuter sur l'ensemble du contrat. En d'autres termes, la nullité partielle ne doit intervenir que si la partie nulle de l'objet de la société n'était pas une condition impulsive et déterminante pour les associés. La jurisprudence ne semble pas avoir aperçu ce problème. En particulier dans l'affaire précitée, jugée par la Cour de cassation le 9 décembre 1957, les associés demandaient la dissolution de la société. L'arrêt ne l'accorde que partiellement sans s'interroger spécialement sur le caractère plus ou moins important de la partie de l'objet pour laquelle la dissolution s'imposait.

En sens contraire, on peut citer un arrêt de la Cour de Paris du 10 novembre 1854 (5) :

> « Considérant qu'un tel contrat ayant pour base la violation des lois qui prohibent toute opération fictive à la Bourse, ... est entaché d'une nullité d'ordre public ; qu'en supposant, dès lors, qu'aux opérations illicites en vue desquelles les parties se sont associées, on ait ajouté des négociations sérieuses et régulières, la nullité de la société ne doit pas moins être prononcée. »

Mais on peut tout aussi bien interpréter cet arrêt dans le sens de la recherche d'intention, puisqu'il relève que le contrat avait « pour base » les activités illicites, « en vue desquelles les parties se sont associées », qui ont donc constitué leur but principal.

b) *La clause léonine.*

117. — La nullité des clauses léonines est prévue par l'article 1855 du Code civil :

> « La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices serait nulle.
>
> Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs associés. »

Il ressort de ce texte qu'il y a essentiellement deux formes de clauses léonines : la non-participation aux bénéfices (al. 1) et l'exonération de tout risque de pertes (al. 2).

La nullité de ces clauses ne soulève que des problèmes de qualification. Parfois, en effet, ce n'est que très indirectement qu'une clause équivaut à une exclusion des bénéfices ou à une exonération des pertes (1). C'est lorsque la qualification de clause léonine est retenue que se pose la délicate question de l'incidence de sa nullité sur le contrat de société lui-même. A ce sujet, une vive controverse s'est

116. - (5) S. 1855.II.548.

117. - (1) Cf. sur ce point : HÉMARD, *op. cit.*, pp. 155 ss., n°s 119 à 129 ; ARLET, Les sociétés léonines, thèse Toulouse, 1957, Ire et IIe parties ; MAUBERT, Les clauses léonines dans les sociétés commerciales, thèse Paris, 1962, Ire et IIe parties.

élevée en doctrine comme en jurisprudence. Selon les uns, la nullité de la clause léonine ne se répercute pas — ou du moins pas forcément — sur le contrat ; selon d'autres, elle entraîne, au contraire, automatiquement la nullité de celui-ci.

Quelques arrêts (2) n'annulent que la seule clause léonine, sans se poser aucun problème au sujet du sort du contrat lui-même. Il est vrai que, s'il n'est fait appel à la justice que sur ce point, elle ne peut statuer « *ultra petita* ». Un arrêt de la Cour de Paris du 17 juin 1901 (3) se prononce cependant clairement en faveur de la nullité partielle :

> « Considérant que l'article 1855 C. civ. prononce la nullité non du contrat de société où il serait convenu que les sommes apportées par un ou plusieurs associés seraient affranchies de toute contribution aux pertes, mais seulement de cette clause elle-même. »

Un certain nombre d'auteurs sont également favorables à cette thèse de l'annulation de la seule clause (4). Quelques-uns d'entre eux, cependant atténuent le caractère arbitraire de cette solution par un recours au critère fondé sur l'intention des parties (5).

118. — Mais la jurisprudence dominante et la grande majorité des auteurs (1) sont d'un avis contraire : la nullité de la clause léonine doit toujours entraîner celle du contrat de société lui-même. Certains arrêts procèdent par simple affirmation.

> « Attendu, dit un arrêt de la Chambre des requêtes du 21 décembre 1937,... que la nullité qui découle... des dispositions de l'article 1855 C. civ. est absolue et rend nul le contrat de société tout entier » (2).

117. - (2) Cf. Req., 14 juin 1882, D.P., 1884.I.222, S. 1882.I.423 ; Req., 11 septembre 1940, D.C., 1942, p. 116, note Cordonnier, S. 1942.I.23 ; T.G.I. Seine, 9 février 1950, J.C.P., 1950, n° 5799 ; Com., 22 mars 1955, Bull., 1955.III, n° 104, p. 83. Un arrêt de la Chambre Com. du 16 novembre 1959, J.C.P., 1960, n° 11725, note D. B., semble également n'annuler que la seule clause.

(3) S. 1901.II.304.

(4) Cf. Pardessus, Cours de droit commercial, 6e éd., 1857, n° 998, p. 55 ; Delangle, n° 120 ; Delvincourt, t. III, p. 17 ; Alauzet, Commentaire du Code de commerce, 3e éd., t. II, n° 423, pp. 102-103.

(5) Cf. Josserand, Cours de droit civil positif français, t. II, n° 1333, p. 637 ; Hamel et Lagarde, Traité de droit commercial, t. I, n° 406, p. 491 ; de Juglart et Ippolito, Cours de droit commercial, 2e éd., 2e vol., p. 58. Ces auteurs se réfèrent expressément au droit commun de l'article 1172.

118. - (1) Guillouard, Du contrat de société, n° 246.I, p. 325 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, De la société, du prêt, du dépôt, n° 288 ; Lyon-Caen, Renault et Amiaud, t. II, n° 48, Beudant et Lerebourg-Pigeonnire, t. XII par Rodière et Percerou, n° 417 ; Escarra et Rault, t. I, n° 165 ; Aubry et Rau, t. VI, par Esmein, § 377, pp. 13-14, et note 17 ; Planiol et Ripert, t. XI par Lepargneur, n° 1044, p. 319 ; etc.

(2) J.C.P., 1938, n° 580, note J. R., D.H., 38, p. 67. V° dans le même sens : Paris, 14 avril 1883, D.P., 1884.II.122 ; Req., 18 mai 1896, D.P., 1897.I.249 ;

D'autres décisions complètent cette affirmation par des arguments de fait. Ainsi, la Cour de Paris, dans un arrêt du 8 juin 1928, après avoir affirmé que la nullité de la clause entraîne celle du contrat, poursuit en ces termes :

> « qu'en effet, les diverses stipulations composant le contrat forment, selon la commune intention des parties, un tout indivisible » (3).

Le moins qu'on puisse dire c'est qu'aucune des deux tendances jurisprudentielles n'est convainquante, les décisions n'étant pas — ou seulement très faiblement — motivées sur ce point. Quant aux auteurs qui sont partisans de la nullité totale, ils invoquent généralement trois sortes d'arguments.

Ils s'appuient, tout d'abord, sur le texte même de l'article 1855, qui vise : « La convention qui... ». On en déduit, ce texte étant d'ordre public, que c'est le contrat tout entier qui doit disparaître. C'est ensuite à l'article 1172 qu'il est fait appel. Il prévoit qu'une condition nulle « rend nulle la convention qui en dépend ». Les auteurs se contentent d'insister sur la lettre de cette disposition, sans mentionner son interprétation jurisprudentielle (4). La plupart posent comme principe — sans envisager la possibilité d'une preuve contraire — que le bénéficiaire de la stipulation à caractère léonin n'a accepté de contracter qu'à condition que cette clause soit insérée. La solution de la nullité de la seule clause léonine, dit Joseph Hémard (5),

> « doit être rejetée par interprétation de la volonté des parties ».

Mais c'est un troisième argument, relatif à la notion même d'objet de la société, qui est le plus remarquable. Ce dernier auteur le formule ainsi (6) :

> « Ce qu'il faut dire surtout, c'est que, valider la société en faisant abstraction de la stipulation défendue, c'est modifier, transformer le contrat... Or, réputer non existante une clause aussi importante que celle qui donne à l'un tous les bénéfices ou l'affranchit des pertes, c'est vraiment dénaturer la volonté des cocontractants. »
>
> « Edifiée contrairement à l'« *affectio societatis* », dans un esprit inconciliable avec la solidarité sociale, cette opération est désaxée et doit tomber dans son intégralité », affirme Josserand (7).

Req., 31 janvier 1917, G.P., 1916-17, p. 886 ; Civ., 2 mars 1931, D.H., 1931, p. 285, S. 1932.I.281, note Gény, J.C.P., 1931, p. 603, note L. A. ; Paris, 11 mars 1967, D. 1967, p. 474.

118. - (3) G.P., 1928.II.637. V° également : T.C. Vervins, 31 juillet 1902, D.P., 1903.II.425.

(4) V° en particulier Guillouard, *loc. cit.* ; Maubert, thèse précitée, p. 255.

(5) *Op. cit.*, p. 160. V° également Lyon-Caen, Renault et Amiaud, *loc. cit.* ; Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Planiol et Ripert, *loc. cit.*

(6) *Op. cit.*, p. 160. Cf. également : Maubert, *op. cit.*, p. 255, *in fine* et 256 ; Arlet, thèse précitée, p. 160 *in fine*.

(7) Josserand, Les mobiles dans les actes juridiques, p. 358.

On invoque en ce sens les travaux préparatoires du Code civil :

« La société, dit Treillard (8), est un contrat commercial et la loi ne peut voir de consentement véritable dans un contrat de société dont un seul recueillerait tout le profit. »

« Une convention qui donnerait à l'un des associés tous les profits et l'affranchirait de toutes les pertes n'est pas une société, ajoute Boutteville » (9).

Ce troisième argument signifie, en fin de compte, que la participation aux bénéfices et aux pertes est de l'essence du contrat de société. Lorsque ce principe fondamental est mis en échec par une clause du contrat, c'est un élément essentiel — partie intégrante de l'« *affectio societatis* » — qui fait défaut. La présence d'une clause léonine est incompatible avec la notion même de société.

119. — Reprenons successivement les différents arguments soulevés en faveur de la nullité totale. Ils sont de valeur très inégale.

La justification de cette solution par le texte de l'article 1855 ne résiste pas à l'examen. Le terme de « convention » visé à l'alinéa 1er désigne-t-il effectivement le contrat de société ? Ce serait prêter au Code civil une précision de langage qui lui fait bien souvent défaut. Une clause isolée n'est-elle pas aussi une « convention » ? La meilleure preuve en est que dans le second alinéa de l'article 1855, pour désigner la deuxième catégorie de clauses léonines, le législateur emploie le terme de « stipulation ». Manifestement il ne peut plus s'agir, cette fois, du contrat lui-même. Cette juxtaposition des deux alinéas ne prouve-t-elle pas à l'évidence que dans ce texte « convention » et « stipulation » désignent la clause léonine et elle seule ? A moins de soutenir que la clause qui donne tous les bénéfices à l'un des associés entraîne la nullité de la société, alors que celle qui l'affranchit de toute perte n'a pas cet effet ! Mais cela paraît insensé.

Devant la faiblesse de ce premier argument, on a fait appel, en outre, à l'article 1172. Cette juxtaposition recèle une contradiction flagrante. En effet, invoquer l'article 1172, c'est reconnaître que l'article 1855 ne fournit pas en lui-même la solution. La nullité ne peut pas être due à la fois à un vice de la convention principale (1855) et à la répercussion de la nullité d'une partie de la convention (1172). Les deux raisonnements sont exclusifs l'un de l'autre. A supposer que l'on opte pour l'application de ce dernier texte, on ne saurait l'invoquer sans réserves en faveur de la nullité totale (1). Ce serait méconnaître toute l'interprétation qu'en a donnée la jurisprudence, à l'aide de la notion de condition impulsive et déterminante. Et il paraît

118. - (8) Fenet, t. XIV, p. 395.
(9) Fenet, t. XIV, p. 411.

119. - (1) Comme semblent le faire Planiol et Ripert, *loc. cit.* ; Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Escarra et Rault, *loc. cit.* ; etc.

impossible d'affirmer que la clause léonine constitue toujours une telle condition impulsive et déterminante du contrat.

C'est incontestablement le troisième argument, relatif à l'essence même du contrat de société, qui a le plus grand poids. Et cela d'autant plus que les travaux préparatoires du Code civil paraissent être en sa faveur. C'est donc parce que la clause léonine affecte un élément essentiel du contrat de société : l'« *affectio societatis* », que ce contrat ne peut pas subsister. Dans l'abstrait, le raisonnement semble irréfutable. Lorsqu'un seul des associés touche les bénéfices, selon l'hypothèse de Treillard, il ne peut effectivement pas y avoir de véritable contrat de société, surtout si en plus, comme dans l'exemple de Bouteville, ce seul bénéficiaire est également affranchi de toute perte. Mais un tel cas est-il seulement concevable en pratique ? Lorsqu'on raisonne sur les clauses que la jurisprudence est amenée, en pratique, à annuler comme étant léonines, la solution de la nullité totale ne s'impose plus avec la même évidence. Prenons un exemple simple : une clause exonérant l'un des associés de toute perte. Une telle clause exclut-elle vraiment toute « *affectio societatis* » ? Si un associé important a imposé à ses coassociés la concession d'un tel avantage, la réponse affirmative peut être admise. Mais ne peut-pas concevoir l'hypothèse dans laquelle ce n'est pas le bénéficiaire de la clause qui a exigé son insertion, mais où ce sont les coassociés qui ont proposé son adoption, pour récompenser, par exemple, cet associé de ses services passés ou pour attirer dans la société une personne compétente qui hésiterait à courir un risque. On peut difficilement prétendre qu'une telle clause affecte la société dans son essence même, brise toute « *affectio societatis* ». Et il en est de même pour de nombreuses clauses que la jurisprudence qualifie de léonines, bien qu'elles ne répondent pas très exactement aux définitions données par l'article 1855. A titre d'exemples, on peut relever les clauses qui priveraient un associé de toute part dans les bénéfices, hypothèse inverse de celle prévue à l'article 1855, al. 1[er], ou celles qui stipuleraient, pour un associé, le remboursement de l'apport en capital, quel que soit le résultat de l'entreprise, ou qui lui accorderaient un avantage forfaitaire à prélever sur le montant brut de chaque recette, ou encore qui tendraient à l'indemniser des pertes éventuelles subies du fait de son entrée dans la société.

120. — La sanction de la nullité totale systématique nous paraît, dans de tels cas, d'une sévérité excessive et d'une portée disproportionnée. Aussi, la seule solution raisonnable réside-t-elle, à notre avis, dans l'application du critère habituel, greffé par la jurisprudence sur l'article 1172. Elle présente, d'abord, l'avantage de ne pas obliger l'interprète à donner à l'article 1855 une signification des plus contes-

tables ; elle rend superflue, ensuite, toute discussion byzantine sur la nature profonde des éléments constitutifs de l'« *affectio societatis* »; enfin et surtout, elle permet de respecter l'intention des parties, par une sanction souple et adaptée aux circonstances. Par conséquent, lorsque la clause aura revêtu un caractère essentiel aux yeux des parties — et nous admettons volontiers que cette condition sera souvent remplie — la nullité de la clause emportera celle du contrat lui-même. Au contraire, lorsque la clause n'aura pas été une condition *sine qua non* du contrat, c'est-à-dire lorsqu'on peut penser que les parties se seraient associées en l'absence de cette clause, c'est elle seule qui devra être annulée. Quelques auteurs ont effectivement préconisé l'application de ce critère de l'étendue de la nullité (1). Mais la plupart, ignorant cette possibilité et raisonnant dans l'abstrait, ont choisi, entre la nullité de la seule clause et celle du contrat, la seconde solution.

On pourrait se demander s'il n'y aurait pas lieu de faire intervenir ici la notion d'ordre public en faveur de la nullité impérative de la seule clause. Il n'est pas impossible qu'une idée de ce genre ait inspiré certaines décisions.

> « Peut-être, dans certaines hypothèses, les tribunaux ont-ils considéré que le meilleur moyen de sanctionner l'illicéité de l'acte était de l'annuler seule (la clause léonine), sans relever la partie qui en bénéficie de ses obligations d'associé. Mais cette considération ne peut guère être retenue sérieusement », pense un auteur (2).

Il nous semble effectivement que, si l'ordre public est intéressé à la nullité des clauses léonines, le sort du contrat de société lui est indifférent. Le but de cette prohibition et l'efficacité de sa sanction ne nous paraissent pas liés à une telle solution, d'autant plus que le régime particulier de la nullité des sociétés protège efficacement les intérêts en cause. Il n'en reste pas moins que cette idée de sanction dirigée contre ceux qui se sont fait consentir un avantage illicite en stipulant une clause léonine pourrait un jour être mise en pratique sur le plan législatif. Mais, en l'état actuel du droit positif, si la notion d'ordre public peut justifier des solutions exorbitantes du droit commun de l'étendue de la nullité, il ne saurait en être ainsi que si le but de la loi et l'efficacité de la sanction le requièrent réellement, et non lorsqu'une solution divergente serait simplement plus opportune.

120. · (1) Cf. les références citées *supra* en note 5 n° 117.
(2) ARLET, *op. cit.*, p. 160.

§ 2. — Nullité des clauses constituant indirectement une majoration illicite d'un prix réglementé.

121. — Ces clauses présentent une physionomie assez particulière. Sauf lorsque le législateur les a expressément prohibées, leur illicéité n'apparaît pas de prime abord. Ce n'est qu'une analyse approfondie de leur finalité qui permet de déjouer la fraude. L'ingéniosité des parties atteint ici des sommets.

Il s'agit essentiellement de stipulations incluses dans des contrats dont l'élément «prix» (1) est réglementé. Si les parties s'accordaient sur un prix supérieur au maximum légal, le débiteur pourrait à tout moment le faire réduire à ce qui est licite. Pour tourner cet obstacle, le créancier formule alors ses exigences sous une forme déguisée, qui, apparemment, ne concerne pas le prix lui-même. Ces stipulations ont donc toutes les apparences de clauses accessoires ou complémentaires. Peut-on imaginer, en effet, clause plus secondaire que celle concernant les frais de l'opération en matière de prêt ou les réparations à effectuer dans un bail ? Mais ces clauses ne sont précisément nulles que dans la mesure où ce ne sont pas des clauses accessoires, où elles concernent le prix lui-même, élément essentiel par excellence. C'est au juge qu'il appartient de dévoiler éventuellement ce déguisement.

Deux exemples fréquents dans la pratique sont particulièrement représentatifs de ce genre de procédé. Le premier concerne le taux d'intérêt dans le prêt. Le second est d'origine plus récente : il s'agit des loyers tarifés.

Il est fréquemment prévu dans les contrats de prêt que l'emprunteur devra payer, outre l'intérêt annuel, un certain pourcentage du montant du prêt à titre de frais accessoires, commissions, droits d'escompte, etc... Parfois, cette somme constitue une juste rémunération pour celui, par exemple, qui a joué le rôle d'intermédiaire entre l'emprunteur et le prêteur. Mais de là à utiliser la même technique pour obtenir indirectement un supplément d'intérêts il n'y avait qu'un pas que les prêteurs n'ont pas hésité à franchir. Ils ont donc stipulé de leurs cocontractants de telles prestations, alors qu'elles ne correspondaient à aucun service réel et qu'elles masquaient des perceptions usuraires. La jurisprudence n'a pas manqué de réprimer de tels agissements (2). En réalité, les décisions en question ne sont pas

121. - (1) Nous entendons la notion de « prix » dans son sens le plus large, englobant toute prestation monétaire : prix dans la vente, taux d'intérêt, loyer...

(2) Cf. Bordeaux, 23 novembre 1860, D.P., 1861.II.61 ; Civ. 15 novembre 1875, D.P., 1876.I.171 ; Civ., 4 janvier 1876, D.P., 1876.I.337 ; Req., 21 avril 1886, D.P., 1887.I.85 ; Req., 19 février 1895 (motifs), D.P., 1895.I.224 ; Civ., 8 mars 1897, D.P., 1897.I.321 ; Civ., 30 mars 1943,

toujours motivées par le fait que les clauses litigieuses constituent des stipulations d'intérêts usuraires. Souvent elles se contentent d'observer que ces frais, commissions, etc... ne correspondent à aucun service rendu et annulent ces clauses pour absence de cause. Mais il y a tout lieu de croire que c'est malgré tout la répression de l'usure qui a inspiré la jurisprudence et que l'absence de cause n'a été que le moyen technique pour la mettre en œuvre dans ce cas.

Le mécanisme de base est le même en cas de clauses équivalant à une majoration illicite des loyers : le bailleur qui voudra percevoir un loyer supérieur à celui autorisé par la loi, plutôt que de le stipuler directement, aura recours à des moyens détournés pour aboutir au même résultat (3). Mais cette fois le législateur a lui-même prévu le cas :

> « Toute clause ou stipulation tendant à imposer, sous une forme directe ou indirecte telle que remise d'argent ou de valeurs, ou reprises d'objets mobiliers, un prix de location supérieur à celui fixé en application des dispositions de la loi, est nulle de plein droit,... » dit l'article 63 de la loi du 1er septembre 1948.
>
> « Le fermage, dispose l'article 812, al. 10 du Code rural, ne peut comprendre, en sus du prix calculé comme il est indiqué aux alinéas précédents aucune redevance, prestation ou service de quelque nature que ce soit. »

On remarque la prudence du législateur, qui emploie des termes assez généraux pour qu'ils puissent embrasser toutes les hypothèses. La jurisprudence a eu très fréquemment l'occasion d'appliquer ces textes et d'annuler des clauses qui, apparemment tout à fait licites, constituaient en fait des majorations indirectes du loyer (4).

1) Incidence de la nullité d'une telle clause sur le contrat.

122. — Mais qu'il s'agisse de prêt ou de bail, il se pose alors inévitablement le problème de savoir quelle sera l'incidence de la nullité

D.C., 1944, p. 13, note P. L.-P. ; T.C St-Brieuc, 1er novembre 1944, G.P., 1944.I.20 ; Com., 23 octobre 1950, Bull., 1950.II, n° 300, p. 210 ; Besançon, 26 novembre 1957, J.C.P., 1958, n° 10477, note Esmein. V° également, sous le régime de la loi du 28 décembre 1966, pour une clause pénale : T. Com. Seine, 24 octobre 1967, J.C.P., 1968, n° 15450, obs. H. B. Il semble que sur ce point, entre autres, la loi nouvelle ait provoqué un accroissement de sévérité, la clause pénale ayant généralement été jugée valable sous le régime antérieur : cf. notamment Civ., 10 octobre 1967, même réf.

121. - (3) Nous avons déjà mentionné, pour ne pas scinder arbitrairement une même question, la nullité de ces clauses au sujet de l'étude du statut impératif de certains contrats. Cf. *supra*, note 6 n° 95.

(4) Cf. pour les baux d'habitation les références citées *supra*, en note 6 n° 95. Pour les baux ruraux, cf. T. Parit. de Clermont, 26 avril 1949, D. 1950, p. 16, note Savatier ; T. Parit. de Lannion, 16 décembre 1949, D. 1950, p. 115, note Savatier.

de ces clauses sur le contrat lui-même. Puisqu'elles concernent, par hypothèse, un élément essentiel du contrat, le prix, ne faut-il pas en conclure que la nullité du contrat lui-même doit s'ensuivre ? Au contraire, comme ces dispositions se présentent sous forme de clauses accessoires ou complémentaires, va-t-on s'en tenir à cette apparence et leur appliquer le régime de ces clauses, c'est-à-dire l'article 1172 ?

En réalité, ce n'est ni l'une, ni l'autre de ces solutions que la jurisprudence a adoptée, et cela à juste titre. Elle n'a annulé que la clause illicite, refusant, lorsque cela lui était demandé, d'anéantir le contrat lui-même, la clause en eût-elle été une condition impulsive et déterminante (1). C'est, une fois de plus, l'efficacité de la sanction qui exige une telle solution. Cet impératif prime le respect de la volonté des parties. La réglementation du taux de l'intérêt et du loyer fait partie de l'ordre public économique. La sanction civile des atteintes à cet ordre public est empreinte d'un certain caractère répressif. Elle est d'ailleurs complétée par des sanctions pénales. Admettre que le prêteur ou le bailleur obtienne la nullité du contrat lui-même, ce serait lui donner l'occasion de répéter ses exigences illicites auprès de nouvelles victimes. La nullité partielle est ici exigée par le but de la loi.

2) Rapports avec la notion de réduction.

123. — Mais une autre particularité permet d'expliquer pourquoi la jurisprudence a admis assez facilement le caractère impératif de la nullité partielle en cette matière. C'est qu'au fond la nullité de la seule clause n'est, pour ces majorations indirectes d'un prix réglementé, que l'équivalent de la sanction des majorations directes, à savoir la RÉDUCTION. Ces cas relèvent, en fin de compte, de la notion de réduction. Mais du fait du déguisement utilisé par les contractants, cette réduction est réalisée grâce au moyen technique de la nullité d'une clause.

Ce phénomène d'interférence entre la nullité d'une clause et la réduction est d'ailleurs général. Chaque fois qu'un élément quelconque d'un acte juridique est quantitativement réglementé, il arrive que les parties portent indirectement atteinte à la prohibition, au moyen de clauses accessoires. La jurisprudence fournit notamment des exemples en matière de réduction des libéralités pour atteinte à la réserve. L'atteinte directe est sanctionnée par la réduction, l'atteinte indirecte par la nullité de la clause incriminée (1).

122. - (1) Cf. Soc., 22 juin 1945, G.P., 1945.II.75 ; T.C. Rennes, 17 février 1950, Rev. Loyers, 1950, p. 480 ; Paris, 16 décembre 1955, Rev. Loyers, 1956, p. 113 ; T. Parit. de Lannion, précité.

123. - (1) Cf. Civ., 9 novembre 1959, J.C.P., 1960, n° 11584, D. 1959, p. 613. Pour d'autres exemples de clauses portant indirectement atteinte à la réserve

Cette interférence entre la nullité d'une clause et la réduction d'un *quantum* est aussi la meilleure preuve que la technique de la réduction n'est qu'une forme particulière de nullité partielle. Il en résulte que la nullité partielle n'est pas elle-même un procédé technique : elle est un concept théorique. Et ce concept est mis en œuvre à l'aide, cette fois, d'un certain nombre de techniques, dont la nullité d'une clause ou d'une partie d'un acte et la réduction constituent les deux principaux exemples (2). A ce point de vue des techniques de mise en œuvre du concept de nullité partielle, l'hypothèse de la nullité d'un acte à l'égard de certaines personnes seulement est, elle aussi, assez originale.

§ 3. — Nullité d'un acte juridique à l'égard de certaines personnes seulement.

124. — Cette hypothèse de nullité partielle ne présente, *a priori*, que très peu d'analogies avec toutes celles que nous avons été ou que nous serons amené à examiner (1). Pourtant, lorsque, dans un contrat multilatéral ou dans un contrat bilatéral dans lequel la place de l'une des parties est tenue par plusieurs personnes (obligation conjointe ou solidaire), le vice ne réside que dans le consentement ou dans la capacité de l'une des personnes, et que le contrat subsiste entre les autres signataires, c'est bien de nullité partielle qu'il s'agit. Et cette nullité partielle est incontestablement relative à un élément essentiel du contrat : la présence de contractants (2).

En quoi ce cas ressemble-t-il ou se distingue-t-il de celui de la nullité d'une clause d'un acte ? C'est dans sa mise en œuvre que réside sa grande originalité. Il est, en effet, difficile de parler de clause dans cette hypothèse. Qu'annulera-t-on, en fin de compte ? Concrètement, la sanction de la nullité partielle sera exécutée par la suppression, dans le corps du contrat, du nom de la partie dont le consentement était vicié ou la capacité inexistante, si les noms des parties y étaient mentionnés. Dans tous les cas, c'est la signature nulle de la partie en question qui sera sans valeur.

et, plus généralement, à tout élément quantitativement réglementé, *v°* *infra*, n°s 244 ss., et les références citées. Comp., pour une hypothèse analogue : clause nulle en guise de réduction de l'engagement excessif d'un mineur émancipé : Req., 9 juin 1857, D.P., 1858.I.33, S. 1857.I.729.

123. - (2) Sur ce point, cf. également *infra*, n°s 243 et 253 ss.

124. - (1) Ce cas ne doit être confondu ni avec l'inopposabilité, notamment avec l'inopposabilité de la nullité (cf. *supra*, n° 14), ni avec l'hypothèse d'un acte « complexe », comportant plusieurs opérations juridiques, éventuellement entre personnes distinctes (cf. *infra*, chapitre II). Ici il s'agit d'un acte par hypothèse « simple ».

(2) Sur ce problème, cf. TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 245 à 256.

Sur le plan des concepts, les analogies entre cette hypothèse et les règles habituelles régissant l'étendue de la nullité sont plus nettes. En supposant que le contrat est nul vis-à-vis de l'un des signataires, quand va-t-on le maintenir pour les autres et quand va-t-on l'anéantir tout entier ? Pour répondre à cette question, il paraît indispensable de distinguer le cas du contrat de société, qui est susceptible de se présenter le plus souvent parce que ce contrat est très fréquent, mais pour lequel des considérations particulières entrent en ligne de compte, des autres cas de contrats ayant plus de deux signataires.

125. — Il est peu d'actes juridiques pour lesquels on ne puisse pas concevoir, au moins dans le cadre d'obligations conjointes, la présence d'une pluralité de personnes. Ainsi, une donation ou un legs peut être réalisé conjointement au profit de plusieurs personnes ; une vente, un bail peut être le fait de coïndivisaires ; etc... Lorsque l'acte est nul au regard de l'une des personnes, quel sera le sort de cet acte ? Le critère auquel il faudra recourir n'est autre que la notion de condition impulsive et déterminante. Si la nullité totale de l'acte est reconventionnellement demandée, elle ne devra être prononcée que s'il est prouvé que la présence de la personne vis-à-vis de laquelle l'acte est nul a été une condition *sine qua non* de l'accord des autres. On peut d'ailleurs multiplier les hypothèses et les variantes. Si c'est un cocontractant unique (l'acquéreur d'un bien indivis par exemple, le disposant qui a fait une donation conjointe, etc...) qui invoque la nullité totale, il devra prouver que l'unanimité de tous les autres était pour lui une condition déterminante. Si, au contraire, c'est l'un des cocontractants multiples (l'un des coïndivisaires, cobailleurs ou covendeurs), il ne pourra pas, semble-t-il, demander reconventionnellement la nullité totale de l'acte, mais uniquement la nullité de l'acte à son égard. On ne voit pas, en effet, comment la demande de l'un pourrait valoir pour les autres. Si une telle hypothèse n'est pas tout à fait inconcevable, il y a cependant peu de chances qu'elle se présente souvent en pratique.

Peut-on, ici comme ailleurs, poser des présomptions quant à l'étendue de la nullité ? En matière de libéralités conjointes, il est permis de penser qu'un disposant n'aura pas subordonné le sort de sa donation ou de son legs à son exécution intégrale, vis-à-vis de tous les bénéficiaires. Mais la preuve contraire ne saurait lui être refusée, pour le cas, par exemple, où la libéralité était assortie d'une charge collective qui, par suite de la défection de l'un des bénéficiaires, ne pourra plus être exécutée conformément à sa volonté. S'agissant des actes à titre onéreux, un auteur (1) a écrit que normalement...

125. - (1) RICHIER, Régime des sociétés nulles à raison de leur objet ou du consentement des parties, thèse Paris, 1910, p. 198 *in fine* et 199.

> « ... quand un contrat synallagmatique intervient entre plusieurs personnes dont le nombre est supérieur à deux, l'engagement de chacune d'elles est subordonné à l'engagement de toutes les autres et non pas de quelques autres ;... qu'un engagement disparaisse, le contrat tout entier s'écroule. »

Une telle présomption dans le sens de la nullité totale nous semble en effet raisonnable. Ainsi, lorsqu'un contractant traite avec des coïndivisaires, il est quasiment évident qu'il n'aurait pas contracté, s'il avait su que l'acte ne serait pas pleinement efficace, du fait de l'incapacité de l'un d'entre eux.

A notre connaissance, la jurisprudence n'a pas eu à statuer sur l'étendue de la nullité d'un acte juridique dans une telle hypothèse. Mais indépendamment du fait qu'il n'y a aucune raison d'écarter ici le principe de l'autonomie de la volonté, on peut penser, par un raisonnement analogique, au vu de certaines solutions adoptées dans d'autres litiges, que c'est effectivement cette recherche d'intention qui lui servirait de critère. Deux exemples suffiront à la démonstration. Dans un affaire jugée par le Tribunal civil de Corbeil, le 17 mars 1926 (2), un contrat avait été conclu entre un entrepreneur et les différents acquéreurs d'un lotissement. En fait, parmi ces derniers, certains ne signèrent pas le contrat. Les autres demandèrent qu'il fût annulé, ce que leur refusa le tribunal, au motif que :

> « ... pour apprécier la validité d'un acte non revêtu de la signature de toutes les parties, il appartient au juge du fait de décider, d'après les circonstances de la cause, la nature de l'obligation, son objet et le but que se proposaient les parties, si celles qui ont signé sont obligées, quoique celles qui auraient dû être leurs coobligés ne l'ont pas fait. »

Nul doute qu'en cas de nullité — au lieu d'absence — de certaines signatures, le raisonnement et la solution eussent été les mêmes. Dans une autre affaire où plusieurs personnes étaient désignées dans le corps d'un acte sous seing privé comme s'obligeant conjointement et solidairement en tant que cautions, et où l'une de celles-ci refusait de signer, c'est la Cour suprême qui eut à statuer le 3 juillet 1939 (3).

> « Attendu, dit-elle, que... les juges du fond ont... retenu en fait que M., M., D., C. et M. n'avaient jamais consenti à assumer seuls les obligations de caution, et qu'en laissant aux mains du Crédit Commercial le projet d'acte revêtu par anticipation de leurs signatures, ils avaient voulu lui faciliter seulement l'obtention de l'accord de P., en l'attente duquel ils entendaient rester eux-mêmes libres de tout engagement personnel. »

Là encore il y a tout lieu de penser que si cette dernière signature avait été nulle au lieu d'être manquante, par un raisonnement repo-

125. - (2) Confirmé par la Cour de Paris, le 31 octobre 1927, D.P., 1929.II.155.
(3) Civ., 3 juillet 1939, D.H., 1939, p. 452.

sant sur les mêmes arguments de fond, la nullité totale eût été prononcée.

126. — En principe, les conclusions auxquelles nous avons abouti restent valables pour le contrat de société. Ainsi, un auteur (1) écrit-il, pour le cas où le consentement d'un associé aurait été vicié ou sa capacité absente :

> « Il est généralement admis aussi qu'entre les autres associés la société produit ses effets, que l'être moral ne disparaît pas, que les tiers créanciers sociaux gardent leur droit de préférence sur le capital social moins la part de l'incapable. En d'autres termes... la société n'est nulle que pour lui ; pour les autres associés elle demeure debout, sauf la possibilité d'une dissolution anticipée... »

En pratique, il nous semble, pourtant, qu'une nullité partielle ne pourra que rarement intervenir. Envisageons, en matière commerciale d'abord, les différentes hypothèses possibles. Lorsqu'il s'agit d'une société de personnes, ces dernières étant généralement en nombre restreint, on peut penser que la nullité du contrat vis-à-vis de l'une d'entre elles devra entraîner la nullité totale. L'« *intuitus personae* » qui domine ce genre de contrat de société permet de poser cette présomption. Encore faut-il que les autres associés demandent la nullité. Sinon seule la nullité vis-à-vis de l'associé-demandeur principal pourrait être prononcée. Les autres auraient d'ailleurs, dans ce cas, la possibilité de dissoudre la société. Peut-être est-ce cette échappatoire qui explique qu'il n'y ait guère de jurisprudence sur ce point. Lorsqu'il s'agit, au contraire, d'une société de capitaux, la présence de tel associé peut être présumée non déterminante pour les autres. Donc la nullité partielle pourrait théoriquement être prononcée. Mais selon toute vraisemblance il ne pourra en être ainsi en pratique que très rarement. Si la nullité de l'acte de souscription de l'un des associés est demandée avant la constitution définitive de la société, aucun problème ne se pose. Cet acte de souscription devra simplement être remplacé par un autre. Eventuellement, la constitution de la société sera quelque peu retardée, mais on ne peut pas parler de nullité partielle de la société. Si celle-ci était déjà définitivement formée et si l'accord de l'un des associés est vicié, la question de l'étendue de la nullité sera le plus souvent éclipsée par une autre. En effet, il se pourra alors que la société n'ait plus le nombre d'associés requis par la loi ou que, ce nombre restant atteint, le capital social ne soit plus intégralement souscrit. Dans ce cas, la nullité totale s'ensuivra théoriquement, non pas par répercussion de la nullité vis-à-vis de l'un des associés, mais parce que, de ce fait, le contrat de société sera

126. - (1) RICHIER, *op. cit.*, pp. 197-198. Dans le même sens, de JUGLART et IPPOLITO, Cours de droit commercial, 2e éd., 2e vol., p. 113.

atteint d'un vice qui l'affecte tout entier. En fait, le régime particulier des nullités en matière de sociétés commerciales permettra d'éviter que le contrat ne soit effectivement annulé. Il suffira de trouver un nouvel associé qui complétera le nombre des associés ou le capital (2). Il reste une forme de société commerciale où la nullité partielle pourra intervenir : c'est la société à capital variable. Dans ce cas, la défection d'un associé sera sans influence sur la société, à moins que les autres ne prouvent que la présence de l'associé en question a été pour eux une condition *sine qua non*.

Dans les sociétés civiles et les associations, le problème est susceptible de se présenter plus fréquemment du fait qu'il n'y a pas de condition de souscription de capital. Mais généralement ces sociétés sont conclues « *intuitu personae* » : la nullité totale devrait donc être la règle.

Mais qu'il s'agisse de sociétés civiles ou commerciales, il semble bien que la possibilité qu'ont les associés de dissoudre la société enlève une grande partie de son utilité à la discussion concernant l'étendue de la nullité. Il y a tout lieu de penser que les autres associés ne prendront pas la peine de demander reconventionnellement la nullité du contrat tout entier, nullité qui ne serait en aucun cas rétroactive, alors qu'ils disposent d'un moyen extrajudiciaire plus simple pour arriver au même résultat.

§ 4. — Substitution impérative d'une disposition légale à l'élément essentiel défaillant.

127. — Si l'on peut admettre, éventuellement, que le juge maintienne d'autorité un acte juridique voulu par les parties, mais partiellement nul, est-il concevable qu'il puisse substituer à un élément essentiel nul la disposition légale correspondante ? En réalité, le juge n'a pas ce pouvoir. Mais ce que le juge ne peut, le législateur le peut très certainement. Et c'est ce qu'il fait effectivement en matière de durée du bail rural et du bail commercial et de salaire.

L'article 811, al. 1er du Code rural stipule :

> « Nonobstant toutes clauses et tous usages contraires, la durée du bail ne peut être inférieure à neuf ans. »

Toute clause fixant une durée inférieure à neuf ans est donc nulle. Selon le droit commun, le contrat lui-même serait alors nul, puisqu'un élément essentiel, la durée, ferait défaut à ce bail. C'est là qu'intervient

126. - (2) Cf. sur ce point : RICHIER, *op. cit.*, p. 199 et la note 1, et p. 328 et la note 1. La loi du 24 juillet 1966 prévoit expressément cette possibilité de régularisation : art. 360 ss.

le législateur : la durée minimum de neuf ans prend impérativement la place de la clause annulée (1). Dans cette substitution, il n'est tenu aucun compte de la volonté éventuelle des parties. Le bailleur, notamment, ne peut pas prétendre que la durée inférieure a été pour lui une condition impulsive et déterminante. L'ordre public tient en échec l'autonomie de la volonté. Il y a donc bien nullité partielle. Mais elle n'est que formelle, puisqu'il n'y a aucun vide laissé par la clause nulle.

C'est la loi du 12 mai 1965 qui a introduit la durée minimum de neuf ans en matière de bail commercial, en ajoutant au décret du 30 septembre 1953 un article 3-1 dont l'alinéa 1er stipule :

> « La durée du contrat de location ne peut être inférieure à neuf ans. »

Aux termes de l'article 34, cette disposition est d'ordre public (2).

En matière de salaire, également, la loi a fixé un minimum en-dessous duquel les parties ne peuvent pas conclure de contrat : le salaire minimum interprofessionnel garanti (S.M.I.G.). Une clause fixant un salaire inférieur est certainement nulle. Va-t-on alors permettre à l'employeur, assigné en nullité de cette clause, de prétendre que le contrat est nul, faute d'un élément essentiel, ou que la clause en question a été une condition *sine qua non* de son consentement ? L'efficacité de la sanction exige sans aucun doute que le contrat soit maintenu et que, pour le passé comme pour l'avenir, l'employeur soit obligé de verser au salarié le salaire minimum. Le S.M.I.G. est donc substitué au salaire convenu dans le contrat (3).

128. — En réalité, cette technique législative n'est pas nouvelle (1). Dans le statut des contrats dirigés, on trouve de nombreux cas dans lesquels la disposition légale est impérative. Si les parties n'ont rien

127. - (1) Les arrêts ne prennent pas la peine de le préciser. Mais cela résulte du simple fait qu'ils n'annulent que la seule clause en question. Cf. Soc., 4 août 1952, J.C.P., 1952, n° 7439 ; Soc., 13 juin 1958, J.C.P., 1958, n° 10798, note Ourliac et de Juglart.

(2) Sur le conflit pouvant surgir entre ces dispositions, exigeant une durée minimum de neuf ans, et d'autres qui, dans des circonstances particulières, imposent une durée maximum plus réduite, cf. T.G.I. Seine, 17 mars 1967, D. 1968, p. 169, note Prévault. Il s'agissait, en l'occurrence, du bail consenti par l'administrateur provisoire des biens d'un interné non interdit, bail limité à trois ans. Dans ce conflit entre statut des baux et statut des incapables, le tribunal trouve un compromis en déclarant que le bail sera conclu pour neuf ans, mais limité à la période triennale en cours lors de la cessation de l'internement.

(3) Les cas où le salaire stipulé est directement inférieur au S.M.I.G. semblent rares. Ce qui arrive plus fréquemment, c'est que le S.M.I.G. soit indirectement atteint, par le jeu de clauses accessoires. Nous retrouverons ce problème, *infra*, n° 249.

128. - (1) Cf. *supra*, n°s 96 et 100.

prévu à ce sujet, elle s'applique sans aucune difficulté. Mais souvent, le législateur fait précéder ou suivre la disposition de la formule : « Nonobstant toute clause contraire ». Cela signifie que la disposition en question s'applique malgré — et à la place — de la clause contraire nulle. Ce qui est nouveau ici, c'est que ces cas concernent un élément essentiel du contrat : la durée du bail, le salaire dans le contrat de travail.

Une autre particularité de ces hypothèses, c'est que le législateur impose ici un minimum. Or, lorsqu'il intervient pour réglementer un élément quantitatif, c'est en général un maximum qu'il fixe. On comprend aisément que les velléités des parties doivent plus souvent être freinées que stimulées. Les exemples présents sont tout à fait exceptionnels. Un rapprochement avec la réduction des stipulations excessives vient alors tout naturellement à l'esprit. Dans un cas on retranche, dans l'autre on ajoute. Cette constatation mérite d'être examinée d'un peu plus près, même s'il doit en résulter une légère anticipation sur la notion de réduction. La réduction d'une stipulation excessive et la substitution d'un minimum à une disposition insuffisante peuvent-elles être assimilées ? Nous ne le croyons pas. Lorsque le juge réduit un *quantum* excessif, il laisse subsister quelque chose qui a été voulu par les parties. Elles ont peut-être voulu plus. Mais dans ce « plus », le « moins » déterminé par le juge est nécessairement contenu. Et très souvent, cette réduction sera conforme à la volonté des parties. Mais même si elles n'avaient pas contracté dans la mesure réduite, il reste que le maximum autorisé est contenu dans le *quantum* voulu. Il en est donc très exactement de même qu'en matière de nullité de clauses accessoires : le contrat amputé qui subsiste a été voulu par les parties, même s'il est parfois maintenu contre leur volonté. Bien au contraire, lorsque la durée de neuf ans est substituée à celle, inférieure, voulue par les parties, on leur impose une obligation positive qu'elles avaient expressément écartée. Il y a ici une dérogation manifeste à la règle que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts. C'est pourquoi nous estimons qu'il y a une différence de nature fondamentale entre la réduction d'une obligation excessive et la substitution d'un minimum légal à une disposition insuffisante.

129. — De cette différence de nature entre la réduction et cette substitution découle une dernière conséquence importante à notre point de vue. Alors que la réduction est une nullité partielle au même titre que la nullité d'une clause accessoire, cette technique législative, consistant dans le remplacement d'une stipulation insuffisante par la disposition légale correspondante, n'a qu'une vague parenté avec la nullité partielle. Certes, il y a nullité d'une clause et cependant maintien du contrat. Et cela correspond très exactement à la définition

d'une nullité partielle. Mais, par rapport au droit commun des nullités partielles, ce cas est tout à fait marginal. Lorsqu'une clause accessoire nulle est remplacée par la disposition légale correspondante (1), cette opération est compatible avec la notion de nullité partielle. Le contrat aurait parfaitement pu subsister sans la clause annulée. La loi n'intervient, pour ainsi dire, qu'à un stade ultérieur, pour ajouter quelque chose à ce contrat partiellement nul. Ici, au contraire, la nullité partielle serait elle-même exclue si la substitution en question n'avait pas lieu. L'intervention législative ne peut pas se situer après l'annulation partielle, puisque sans elle cette annulation partielle serait impossible, le contrat étant amputé d'un élément essentiel. Une chose est l'annulation partielle, autre chose l'intervention législative. Ici les deux phénomènes vont de pair. Il est impossible de les séparer. Pour toutes ces raisons, ces cas sont vraiment exorbitants des règles habituelles régissant l'étendue de la nullité.

CONCLUSION

130. — Cette étude de la nullité de certaines clauses d'un acte juridique « simple » suscite diverses observations. D'une part, les textes, tels qu'ils existent actuellement, sont manifestement insuffisants. Quels que soient les aménagements apportés par la jurisprudence, il est toujours regrettable que la législation ne corresponde pas à la situation réelle. Dans ces conditions, l'absence totale de textes est presque préférable : du moins n'y a-t-il pas, alors, d'apparences trompeuses. Mais, d'autre part, il y a lieu de rendre hommage à la jurisprudence qui s'est efforcée de combler les lacunes et de rectifier le sens des dispositions de telle sorte que, dans l'ensemble, les solutions concrètes de notre droit positif sont satisfaisantes. Le système est cependant loin d'être parfait. Et les imperfections qu'il présente découlent précisément de son caractère prétorien. La jurisprudence procède par approches successives, par tâtonnements. Elle s'attache plutôt au résultat concret de ses décisions qu'à leur fondement théorique, qu'elle n'élabore souvent qu'*a posteriori*. Il en résulte que le système manque quelquefois d'homogénéité et, surtout, que son infrastructure n'est pas toujours très solide. Pour toutes ces raisons, une réforme législative nous paraît souhaitable en cette matière. Et cela d'autant plus que le problème de l'étendue de la nullité se pose également, pour les actes « complexes », pour lesquels il n'existe aucune disposition législative particulière, comparable aux articles 900 et 1172.

129. - (1) Cf. *supra*, n°s 96 et 100.

CHAPITRE II

La nullité partielle des actes juridiques « complexes ».

131. — L'une des conséquences les plus importantes du principe de l'autonomie de la volonté réside dans le fait que les parties peuvent non seulement assortir leurs contrats des stipulations accessoires ou complémentaires les plus diverses, mais aussi associer dans un même acte instrumentaire et combiner entre elles plusieurs opérations juridiques *a priori* autonomes. Dès l'abord, une étude exhaustive des actes « complexes » apparaît donc impossible, puisque leur variété peut être infinie. Les résultats observés à propos d'un certain nombre d'exemples pourront être appliqués par analogie aux combinaisons nouvelles susceptibles de se présenter. Mais examinons d'abord les données du problème.

Section I

POSITION DU PROBLEME ET RECHERCHE D'UN PRINCIPE DE SOLUTION

132. — Nous avons défini l'acte « complexe » comme étant celui qui comprend plusieurs opérations juridiques distinctes. Celles-ci peuvent, le cas échéant, être l'œuvre de personnes différentes. Il peut s'agir, en outre, d'opérations de nature différente. Dans ces deux hypothèses, l'acte est certainement « complexe ». Mais en est-il encore ainsi lorsqu'une opération juridique — une vente, une donation, un bail —,

effectuée par deux personnes, porte sur plusieurs objets matériels distincts ? Ou, au contraire, s'agit-il dans ce cas d'un acte « simple » dont l'objet seulement est complexe ? A la vérité, la discussion serait byzantine, car l'intérêt de la distinction est pratiquement inexistant (1). A notre point de vue, en effet, quelle que soit la solution retenue, lorsque l'un des objets matériels est indisponible ou immoral, la nullité n'anéantira pas, en principe, l'acte tout entier, soit qu'on considérera qu'elle n'affecte que l'une des opérations, soit qu'on admettra que l'objet de l'opération unique est divisible. Il n'en sera autrement, dans l'une et dans l'autre hypothèse, que si l'ensemble est considéré comme indivisible. Le résultat concret et le raisonnement sont donc identiques. C'est pourquoi nous ne nous arrêterons pas plus longuement à ce problème, puisque de toute façon les règles relatives aux actes « complexes » en général s'appliquent à cette hypothèse marginale. Celle-ci ne doit, en tout cas, pas être confondue avec le cas où, l'objet de l'opération étant quantitativement excessif, se pose le problème de savoir s'il peut être réduit au *quantum* légal. Ce n'est plus alors tel objet matériel qui est litigieux, mais la quantité constituée par l'addition de ces divers objets (2).

La limite entre actes « complexes » et actes « simples » est donc parfois difficile à tracer avec précision. L'acte se rapportant à plusieurs biens n'est pas le seul cas marginal. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 17 juillet 1906 (3) nous fournit un excellent exemple d'un acte qui paraissait « simple » par essence même : la reconnaissance de dette, et dont une analyse plus approfondie a révélé qu'il était en réalité « complexe ». Pour partie il s'agissait effectivement d'une reconnaissance de dette, mais pour une autre partie celle-ci constituait une libéralité déguisée, nulle faute de dessaisissement immédiat et irrévocable.

133. — Le problème est donc de savoir si la nullité de l'une des opérations ainsi réunies dans un même acte s'étend à l'ensemble de cet acte. *A priori*, cette question peut paraître surprenante. N'avons-nous pas précisément posé comme critère de l'acte « complexe » que les différentes opérations réalisées auraient pu l'être dans des actes distincts et autonomes ? Or, si tel avait été le cas, aurait-il encore pu être question, en cas de nullité de l'un de ces actes, de répercussion sur les autres ? Une double réponse peut être apportée.

D'une part, la jurisprudence admet effectivement quelquefois que des actes instrumentaires distincts sont interdépendants les uns des autres, de telle sorte que la nullité de l'un entraîne la nullité d'un

132. - (1) Cf. les observations que nous faisions à ce sujet, *supra*, n° 110.
(2) Cf. *infra*, Titre II.
(3) S. 1907.I.457, D.P., 1910.I.286.

autre. Il en est ainsi si elle estime que ces actes sont indivisibles entre eux, que dans l'intention des parties l'existence de l'un est subordonnée à celle de l'autre (1).

D'autre part, le fait même que des opérations juridiques distinctes aient été intégrées dans un même acte n'est pas dépourvu de signification propre. Ce n'est pas par l'effet du hasard que les parties procèdent de cette façon, au lieu de rédiger des actes séparés. Le principe d'autonomie, qui se manifeste ici autant par l'agencement des volontés que par leur contenu, exige que l'on prenne en considération cet agencement. Mais quelle en est la signification ? C'est que les intéressés, qui ont ainsi combiné des opérations juridiques objectivement indépendantes, ont peut-être considéré cette combinaison comme une convention unique, ou, en d'autres termes, comme un ensemble d'opérations qu'elles ont voulu rendre inséparables. Assurément, ce n'est là qu'une supposition, non une règle absolue. S'il n'est pas douteux qu'elle corresponde souvent à la réalité, il y a pourtant des cas où c'est effectivement par simple commodité que plusieurs opérations auront été consignées dans un même acte instrumentaire. Cette constatation suffit à poser de façon impérieuse le problème de l'étendue de la nullité. Comment peut-on envisager de le résoudre ?

134. — Une première constatation s'impose : c'est celle de la carence du législateur français sur ce point. S'il s'est préoccupé de façon plus ou moins satisfaisante des actes à titre gratuit (art. 900) et des actes à titre onéreux (art. 1172), le problème de l'étendue de la nullité des actes « complexes » a passé totalement inaperçu à ses yeux. Une question se pose alors inévitablement : peut-on recourir, par analogie, à ces deux textes ? Plusieurs arguments, de valeur très inégale d'ailleurs, commandent une réponse négative.

En premier lieu, ces deux articles du Code civil ne visent, dans leur lettre, que les « conditions » impossibles, illicites ou immorales. La jurisprudence a, certes, étendu leur champ d'application aux charges et à toutes les clauses accessoires ou complémentaires. Et cette interprétation n'est plus contestée actuellement dans son principe. Mais n'y aurait-il pas quelque abus à assimiler une opération juridique autonome à une condition ? Au fond, la chose ne nous paraît pas réellement déraisonnable. Le sens du terme « condition » est, en effet, extensible. Aussi bien pourrait-on admettre que, dans un acte « complexe », chaque opération soit la condition *sine qua non* des autres. Quelle que soit celle qui serait atteinte de nullité, les autres tomberaient également, la condition dont elles dépendaient étant nulle. A vrai dire, l'idée d'indivisibilité exprime-t-elle autre chose ?

133. - (1) Cf. *infra*, n°s 167 ss.

Mais un autre argument — qui nous paraît, cette fois, péremptoire — tend à faire bannir les articles 900 et 1172 de la sphère des actes « complexes » : c'est que ceux-ci ne rentrent *a priori* dans aucune des deux catégories visées par ces deux textes. Si parfois toutes les opérations composantes d'un acte « complexe » sont gratuites ou onéreuses, il se pourra cependant qu'un tel acte contienne à la fois des opérations gratuites et onéreuses. Cette éventualité nous paraît suffire à elle seule pour écarter en toute hypothèse ces textes, qu'on ne saurait appliquer distributivement (1). Certes, nous avons constaté qu'en fait, par suite d'une interprétation prétorienne audacieuse, les deux textes, opposés à l'origine, engendrent actuellement des solutions semblables. Mais il ne paraît pas pour autant concevable que la jurisprudence, en présence d'un acte « complexe » comportant des opérations à la fois gratuites et onéreuses, invoque cumulativement, pour résoudre un problème unique, deux articles du Code civil, qui, dans leur lettre, sont exactement contradictoires.

135. — C'est effectivement dans une autre voie que les tribunaux se sont engagés. A défaut de textes, ils ont cherché une solution dans les principes généraux du droit, et, plus précisément, dans celui de l'autonomie de la volonté, en vertu duquel de telles combinaisons sont justement possibles. L'énoncé de cette solution peut s'exprimer en deux propositions :

1) Les différentes opérations composantes de l'acte « complexe » étant virtuellement autonomes, le vice atteignant l'une d'entre elles n'aura pas de répercussion sur les autres. On applique donc purement et simplement l'adage « *Utile per inutile non vitiatur* ».

2) Mais, en vertu de l'autonomie de la volonté, si les parties ont entendu lier indissolublement et rendre indivisibles les opérations en question, le juge doit se plier à cette volonté et en tirer les conséquences quant à l'étendue de la nullité.

Le critère jurisprudentiel réside donc dans la divisibilité ou dans l'indivisibilité de l'acte « complexe » litigieux (1). Examinons-en les principales utilisations.

134. - (1) Cette observation n'est valable que pour l'acte « complexe » pris « *in globo* ». En ce qui concerne les différentes opérations composantes prises isolément, cf. ce qu'il en a été dit *supra*, n° 34.

135. - (1) La notion même d'indivisibilité, dont cette matière ne constitue que l'une des applications, fera l'objet d'un examen plus approfondi dans la seconde partie de cette étude, *infra*, n°s 291 ss.

Section II

L'ETENDUE DE LA NULLITE DES ACTES « COMPLEXES » DANS LA PRATIQUE

136. — La jurisprudence est loin d'être aussi abondante en matière d'actes « complexes » qu'en ce qui concerne les clauses accessoires et complémentaires. Cependant, parmi ces actes, certains sont d'un usage particulièrement courant. L'acte « complexe » par excellence, c'est sans doute le contrat de mariage (1). Des dispositions de nature différente de celles qui se rapportent aux conventions matrimoniales proprement dites, notamment des libéralités, y sont très souvent incluses. Du fait des particularités de sa nature juridique, le problème de l'étendue de la nullité obéit, d'ailleurs, à des règles en partie exorbitantes du droit commun (§ 1). Les testaments et donations constituent assez fréquemment, aussi, des actes « complexes » (§ 2 et 3). Enfin, quelques exemples de tels actes, plus spécifiques au domaine du titre onéreux, méritent une mention spéciale (§ 4). Mais, outre ces actes « complexes » proprement dits, il est une hypothèse qui présente de très grandes analogies avec eux : c'est celle des actes juridiques matériellement distincts, mais subjectivement indivisibles, c'est-à-dire indissolublement liés dans l'intention de leurs auteurs. Il s'agit, en quelque sorte, d'actes « complexes » qui n'en revêtent pas la forme (§ 5).

§ 1. — Le contrat de mariage « complexe ».

137. — Parmi les opérations juridiques qui sont susceptibles de se trouver incluses dans un contrat de mariage, les libéralités occupent la première place. Elles accompagnent extrêmement souvent les conventions matrimoniales. Elles sont tantôt le fait des futurs époux eux-mêmes, tantôt celui de tierces personnes, en particulier des parents. Il peut s'agir aussi bien de donations entre vifs que de dispositions à cause de mort. Pour des raisons très variées, ces diverses formes de libéralités sont parfois nulles. Ainsi, une donation entre époux par contrat de mariage peut être viciée du fait que le futur époux, mineur, était habilité pour conclure le contrat de mariage,

136. - (1) Nous rappelons que nous n'envisageons ici le contrat de mariage qu'en tant qu'acte « complexe », c'est-à-dire dans la mesure où il contient des dispositions qui ne concernent pas le régime matrimonial lui-même. S'il ne contient aucune disposition de ce genre, il est, selon notre critère, un acte « simple » : cf. à ce sujet, *supra*, note 3 n° 110.

mais non la donation (1), ou parce que, prodigue ou faible d'esprit, il était pleinement capable de négocier le contrat mais non d'y consentir la libéralité (2). Quant aux donations de la part de tiers, il s'agit essentiellement des constitutions de dot. En pratique, celles-ci ne sont que rarement viciées, sinon par répercussion de la nullité du contrat de mariage lui-même (3). On peut du moins citer le cas de l'article 1090 qui prévoit la réduction pour atteinte à la réserve des donations faites aux époux par contrat de mariage. Il se pourrait que, de ce fait, la libéralité soit intégralement anéantie, si la portion disponible était déjà absorbée par des donations antérieures. En outre, toute libéralité par contrat de mariage est susceptible d'être annulée si elle se trouve soumise à une charge ou condition nulle jugée impulsive et déterminante. S'agissant des institutions contractuelles, permises dans le cadre du contrat de mariage par exception à la prohibition des pactes sur successions futures, elles obéissent, à part cela, au droit commun des nullités. La jurisprudence leur applique, par exemple, la prohibition des testaments conjonctifs prévue à l'article 968 du Code civil (4).

Outre les libéralités, il n'est pas rare de trouver des reconnaissances d'enfants naturels incluses dans des contrats de mariage, à fin de légitimation de ces enfants par le mariage subséquent. S'il n'est pas impossible qu'une telle reconnaissance soit annulée, le cas ne semble pas s'être présenté à la jurisprudence. Celle-ci a, en revanche, été saisie quelques fois de l'hypothèse inverse d'une reconnaissance valable incluse dans un contrat de mariage nul (5).

Enfin, que ce soit entre eux ou avec des tiers, les futurs époux sont libres de conclure, dans le cadre de leur contrat de mariage, les accords les plus divers : baux, ventes, cessions de droits successifs (6) ou indivis (7), reconnaissances de dette (8), etc... Toutes ces hypothèses se caractérisent par le fait que ces accords n'ont aucun rapport direct ni avec le contrat de mariage, ni avec le mariage, ce qui n'était pas le cas des libéralités ou de la reconnaissance d'enfant naturel. La jurisprudence tire de cette particularité une conséquence extrêmement importante. Interprétant restrictivement l'article 1398 et notamment l'expression « toutes les conventions dont ce contrat est suscep-

137. - (1) Cf. Civ., 30 novembre 1908, D.P., 1909.I.418.
(2) Cf. Ch. réunies, 21 juin 1892, D.P., 1892.I.369, S. 1894.I.449, note Bufnoir. V° cependant art. 514 nouveau C. civ.
(3) Cf. *infra*, n°s 143 ss. et la note 2 n° 143.
(4) Cf. Civ., 10 mars 1869, S. 1869.I.319, D.P., 1869.I.336.
(5) Cf. *infra*, n° 142.
(6) Cf. Limoges, 22 janvier 1879, D. 1880.II.225, S. 1879.II.232.
(7) Cf. Cass., 11 novembre 1828, S. Chronol., 1828-1830.I.179 ; T.C. Marvejols, 3 juillet 1854 et, en appel, Nîmes, 25 mai 1857, S. 1857.II.609.
(8) Cf. Angers, 18 juillet 1876, S. 1876.II.16.

tible », elle déclare que ce texte n'est pas applicable dans ces cas. Il en résulte que, même si le mineur est expressément habilité pour conclure dans le cadre de son contrat de mariage tel bail, telle cession, etc..., ces accords n'en sont pas moins annulés par les tribunaux, au motif que

> « la dérogation (aux règles de la capacité)..., édictée pour favoriser les conventions matrimoniales, doit au contraire être limitée avec soin aux stipulations se référant à cet objet, c'est-à-dire à celles qui ont trait au mariage lui-même et dont le but est de régler l'association conjugale et les droits des époux l'un à l'égard de l'autre » (9).

En substance, il ressort de ce système qu'un contrat de mariage peut éventuellement contenir trois sortes de dispositions : celles qui concernent le régime matrimonial proprement dit ; celles qui, bien que constituant des opérations distinctes et virtuellement autonomes, se « réfèrent » cependant au contrat de mariage, c'est-à-dire présentent un certain lien de connexité avec lui, et que le mineur pourra réaliser avec l'assistance de ceux « dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage » (10) ; celles, enfin, qui n'ont été incluses dans un contrat de mariage que très artificiellement, par l'effet du hasard ou du caprice, qui sont « absolument étrangères au règlement des droits des futurs époux », comme dit la Cour de Limoges dans son arrêt précité, et qui restent soumises aux règles habituelles de la capacité. Ces dispositions-là seront donc nulles bien que les règles de capacité de l'article 1398 aient été observées.

Quant au problème de l'étendue de la nullité, il est en réalité double. Il y a lieu, en effet, de le poser dans les deux sens : quelle est la répercussion de la nullité de l'opération jointe sur la convention matrimoniale elle-même ? et, inversement, quel est l'effet de la nullité de celle-ci sur celle-là ?

1) Nullité de l'opération jointe aux conventions matrimoniales.

138. Lorsque la nullité atteint l'opération jointe, aura-t-elle une répercussion sur les conventions matrimoniales ? En d'autres termes,

137. - (9) Limoges, 22 janvier 1879, précité. V° dans le même sens : Civ., 10 décembre 1867, D. 1867.I.475 ; Montpellier, 18 mars 1868, S. 1868.II.119 ; Civ., 23 février 1869 (motifs), D. 1869.I.179, S. 1869.I.193 et la note J.-E. L., p. 194 ; Civ., 11 décembre 1882, D. 1883.I.132, S. 1883.I.411. Les auteurs approuvent cette interprétation : *v°* Guillouard, Du contrat de mariage, t. I, n° 305 ; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, t. X, par Lenoan, n° 35 ; Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, t. I, n° 154 ; Planiol et Ripert, t. VIII, par Boulanger, n° 42 et la note 1, p. 96 ; Aubry et Rau, 7e éd., t. VII, par Esmein, § 502, p. 441, et la note 30.

(10) La reconnaissance d'enfant naturel échappe cependant à cette règle, puisque le mineur ou la personne munie d'un conseil judiciaire peut l'effectuer sans aucune assistance.

y a-t-il un lien assez fort entre ces conventions et l'opération jointe pour que le tout soit indissolublement lié ? S'agissant des libéralités consenties, dans le contrat de mariage, par des incapables autres que des mineurs, par des personnes munies d'un conseil judiciaire, par exemple, une opinion assez originale et qui a obtenu quelques succès en jurisprudence a été soutenue au siècle dernier, essentiellement par Troplong (1). Le système en question repose sur un double axiome. D'une part, l'adage « *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* » est élevé au rang d'un principe général. Il en résulte que les incapables autres que le mineur, capables de se marier sans aucune assistance, pourront également conclure seuls leur contrat de mariage. D'autre part et surtout, le contrat de mariage est considéré comme un tout indivisible, de sorte qu'on ne saurait faire subir un sort différent aux dispositions concernant le régime matrimonial lui-même et aux libéralités qui y sont jointes. De la combinaison de ces deux propositions, les partisans de ce système tirent la conclusion que les incapables en question pourront valablement conclure non seulement les conventions matrimoniales proprement dites, mais aussi toutes les opérations connexes à ces conventions, en particulier des libéralités. A deux reprises, la Cour de cassation s'est laissée convaincre par ce raisonnement (2). Celui-ci fut définitivement condamné par un arrêt des Chambres réunies du 21 juin 1892 (3) qui se rallia à la position constante des Cours d'appel (4) et à l'opinion de la doctrine dominante (5). Ce sont les deux propositions de base du système de Troplong qui sont critiquées. S'agissant de la maxime « *Habilis ad nuptias...* » le principal argument invoqué contre elle réside dans le fait que, justifiée pour le mineur, pour lequel elle opère simplement substitution d'un régime d'assistance à un autre, de façon à soumettre aux mêmes règles la conclusion du mariage et du contrat de mariage, elle ne l'était plus pour les autres incapables, interdits, prodigues ou

138. - (1) Du contrat de mariage, 2e éd., t. I, nos 96, 99, 109, 297... MERLIN, Répertoire, v° Prodigue, § 5, n° 1, semble également favorable à la thèse de Troplong.

(2) Civ., 24 décembre 1856, D. 1857.I.18 et Civ., 5 juin 1889, S. 1889.I.413, D. 1891.I.449.

(3) D.P., 1892.I.369, rapport LAVOUVERADE et concl. RONJAT, S. 1894.I.449, note BUFNOIR.

(4) Cf. Bordeaux, 7 février 1855 et Pau, 31 juillet 1855, S. 1856.II.66 ; Agen, 21 juillet 1857, S. 1857.II.530 ; Orléans, 11 décembre 1890, D.P., 1891.II.362, qui, comme Cour de renvoi, rend un arrêt contraire à celui de la Cour de cassation du 5 juin 1889 précité et donne ainsi aux Chambres réunies l'occasion de se prononcer (arrêt précité).

(5) Cf. LAURENT, Principes de droit civil français, t. XXI, n° 16 ; Aubry et Rau, 5e éd., t. VII, § 502 et note 12 ; Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, 3e éd., t. I, n° 205 ; GUILLOUARD, Du contrat de mariage, t. I, n° 319.

faibles d'esprit, pour lesquels elle aboutissait à la dispense de toute assistance puisqu'ils avaient la pleine capacité de se marier (6). En ce qui concerne le concept d'indivisibilité, le moins qu'on puisse dire c'est que Troplong et ses partisans en ont fait un curieux usage. Alors qu'en matière de détermination de l'étendue de la nullité, cette notion permet normalement de décider si une partie valable d'un acte subira ou non le sort d'une partie nulle, dans le système de Troplong elle sert tout au contraire à valider la partie nulle de l'acte. Un tel résultat ne saurait être admis. Ce qui est nul ne peut en aucun cas être maintenu sous prétexte que les différentes parties de l'acte forment un tout indissoluble. Si tel est le cas, c'est l'acte tout entier qui doit être annulé (7).

139. — Mais c'est précisément la solution inverse : la divisibilité du contrat de mariage, qui l'a emporté :

> « Sans doute, dit l'arrêt précité des Chambres réunies, les dispositions d'un contrat de mariage, comme celles de tout autre contrat, ne sauraient être arbitrairement scindées, mais... il ne s'ensuit pas qu'il ne puisse s'y rencontrer certaines clauses dont la nullité restera isolée et n'entraînera pas la nullité du surplus... »
>
> « Attendu, ajoute la Cour de Pau (1), que CETTE PRÉTENDUE INDIVISIBILITÉ N'EXISTE NI EN DROIT, puisqu'elle n'est nulle part inscrite dans la loi et ne résulte nécessairement par ailleurs d'aucun des principes de la matière, NI EN FAIT puisque les autres stipulations du contrat n'en auraient pas moins conservé toute leur valeur et toute leur utilité, au cas où celle dont il s'agit n'y aurait pas été insérée... »

Mais cela signifie-t-il qu'en aucun cas, lorsque des libéralités ou des opérations juridiques quelconques contenues dans un contrat de mariage sont nulles, leur nullité ne puisse se répercuter sur ce contrat ? En d'autres termes, la division est-elle automatique ? Pour répondre à cette question, il faut, en principe, mettre en œuvre le concept d'indivisibilité, avec son fondement : l'autonomie de la volonté (2). Il faudrait donc admettre que, s'il était prouvé que les parties n'ont

138. - (6) Désormais le problème ne se pose plus. La loi du 3 janvier 1968, modifiant l'art. 1399 C. civ. (déjà modifié par la loi du 13 juillet 1965), déclare que le majeur en tutelle (ancien interdit) ou en curatelle (ancien prodigue ou faible d'esprit) « ne peut passer de conventions matrimoniales sans être assisté, dans le contrat, de ceux qui doivent consentir à son mariage ». Pour ces personnes qui doivent désormais consentir au mariage de ces incapables majeurs : cf. art. 506 et 514 C. civ. dans leur nouvelle rédaction.

(7) Le procureur général Ronjat relevait déjà cette anomalie du raisonnement dans le système de Troplong : cf. ses conclusions au D.P., 1892.I.373.

139. - (1) 29 juillet 1905, motifs reproduits par la Cour de cassation, Civ, 30 novembre 1908, D.P., 1909.I.418.

(2) Cf. *supra*, n° 135.

conclu tel contrat de mariage qu'en considération de telle opération connexe, le contrat de mariage devrait subir le même sort que cette opération. Une telle solution peut-elle être admise ? Cela paraît douteux, pour des raisons de fait d'une part, de droit d'autre part.

Est-il concevable, en fait, que l'adoption de telles conventions matrimoniales soit subordonnée, dans l'esprit des parties, à la conclusion de telle opération connexe ? Pour des opérations autres que des libéralités — reconnaissance d'enfant naturel, vente, bail,... — cela paraît tout à fait improbable. La jurisprudence ne semble pas avoir eu à statuer sur un tel problème. S'agissant des libéralités, la question est plus délicate. On peut effectivement admettre que, parfois, de futurs époux n'adoptent tel régime matrimonial ou telle clause particulière qu'en considération de certains avantages qu'ils se consentent ou qui leur sont consentis par des tiers. Lorsque ces libéralités sont nulles, le contrat de mariage pourra-t-il également être annulé, en vertu de cette indivisibilité subjective ? Certains auteurs admettent sans difficulté cette éventualité (3). A notre connaissance, la jurisprudence n'a jamais annulé un contrat de mariage tout entier au motif que les conventions matrimoniales proprement dites étaient indissolublement liées à la validité de libéralités qui y étaient jointes. Dans un arrêt du 30 novembre 1908 (4), la Cour de cassation refuse expressément de prononcer cette nullité totale par répercussion de la nullité d'une donation, rejetant l'argument d'une des parties qui invoquait l'indivisibilité de l'ensemble de la convention. Cette indivisibilité n'existe pas, selon la Cour suprême, puisque les autres dispositions du contrat de mariage gardent toute leur utilité. L'arrêt se place manifestement ici sur un plan purement objectif et non sur celui de l'intention des parties. Barathon (5) en conclut que toute recherche d'intention doit être écartée. Il invoque en ce sens un argument de droit (6), qui nous paraît extrêmement fort.

140. — En droit, selon cet auteur, la nullité d'une opération jointe à un contrat de mariage ne saurait entraîner la nullité de celui-ci, quelle que soit l'intention, certaine ou présumée, des parties (1). C'est le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales qui com-

139. - (3) Cf. Wahl, R.T.D.Civ., 1909, p. 159 ; Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, t. I, n° 205 ; de Loynes, D.P., 1891.I.449 ; H., L. et J. Mazeaud, t. IV, n° 76. Planiol et Ripert, t. VIII, par Boulanger, n° 90, p. 195 pensent que ce problème ne se posera pas en fait.
(4) D.P., 1909.I.418.
(5) *Op. cit.*, pp. 139-140.
(6) Cf. pp. 152 ss.

140. - (1) Ce raisonnement est valable également pour le contrat de mariage en tant qu'acte « simple », lorsqu'une clause de régime objectivement accessoire est nulle : cf. à ce sujet *supra*, note 3 n° 110.

mande cette solution. Il dresse un obstacle infranchissable à toute recherche d'intention en cette matière. Admettre ici le critère de l'indivisibilité subjective, ce serait, en effet, faire dépendre de la volonté des époux leur régime matrimonial futur, puisque le régime légal serait substitué au régime conventionnel défaillant. Il y aurait donc un véritable changement de régime, déterminé en fonction de la volonté des époux. On pourrait répondre, certes, que la volonté prise en considération, c'est celle qui existait antérieurement au mariage, donc à un moment où les futurs époux étaient précisément libres d'adopter n'importe quel régime matrimonial. On pourrait prétendre aussi que le changement de régime n'est qu'une apparence, puisque la nullité est rétroactive. Les époux seront donc censés soumis au régime légal depuis le jour de leur mariage. Mais tels sont justement les arguments invoqués en faveur de la validité d'un contrat de mariage soumis à une condition résolutoire. Or, la notion d'indivisibilité subjective est très proche de celle de condition résolutoire, et, plus particulièrement, de celle de condition tacite (2). Les deux situations — condition expresse et indivisibilité subjective entre les conventions matrimoniales et une opération jointe — nous semblent devoir être traitées de la même façon. Or, la doctrine moderne proscrit généralement toute idée de condition en matière de contrat de mariage (3). Il ne semble pas que la loi du 13 juillet 1965, portant réforme des régimes matrimoniaux et atténuant dans une large mesure la rigueur du principe d'immutabilité (4), ait modifié la situation en ce qui concerne le problème de la condition. L'immutabilité demeure la règle. La loi ne prévoit que des exceptions.

La notion d'indivisibilité subjective nous semble donc devoir être tenue en échec par le principe d'immutabilité. Par conséquent, si une opération jointe est nulle, la nullité ne sera toujours que partielle. Cette situation est assez semblable à celle de deux époux qui, sous le régime antérieur à celui de la loi du 13 juillet 1965, étaient contraints de subir leur contrat de mariage quelles qu'aient été les modifications ultérieures des circonstances : survenance imprévue ou, au contraire, absence d'enfants, dévolution de droits successoraux inconnus ou inexistants lors du mariage, etc... Sous le régime de la loi nouvelle, dans de tels cas, les époux peuvent obtenir une modification de leur régime matrimonial sous contrôle judiciaire (5). Cette possibilité doit également leur être accordée, à notre avis, lorsque le

140. - (2) Cf. sur ce point *infra*, II[e] partie, n° 313.
(3) Cf. Planiol et Ripert, t. VIII, par Boulanger, pp. 125 ss. ; Patarin, J. Cl. Civ., art. 1396-1397, 2[e] fasc., n° 45 ; H., L. et J. Mazeaud, t. IV, n° 45, p. 51. L'accord n'est cependant pas unanime sur ce point.
(4) Cf. art. 1396, al. 3, et 1397 nouveaux.
(5) Cf. art. 1397 nouveau.

changement de circonstances est intérieur à leur convention primitive — annulation d'une libéralité, par exemple —, sous la seule réserve que les conditions légales soient remplies, c'est-à-dire que le changement souhaité soit justifié par « l'intérêt de la famille ». Si tel est le cas, la possibilité nouvelle offerte par la loi de 1965 est même plus avantageuse que le recours à la nullité totale. En effet, le cas échéant, les époux pourront obtenir le même résultat que par la nullité totale, à savoir la substitution du régime légal à leur régime conventionnel ; mais ils auront, en outre, la possibilité de modifier leur régime existant ou d'adopter un autre régime conventionnel. Les nouveaux textes offrent donc des solutions beaucoup plus souples que la technique de la nullité totale. Il est permis de penser que, dans les cas exceptionnels où les conditions pour obtenir la nullité totale auraient été remplies, c'est-à-dire lorsque réellement les parties n'auraient pas adopté tel régime matrimonial en l'absence de telle libéralité, elles n'auront aucune peine à démontrer, à l'appui de leur requête tendant à la modification de leur régime, qu'elles ont un intérêt sérieux à cette modification. Cet intérêt sera précisément celui qui commandait l'indivisibilité. Cette question a donc perdu la plus grande partie de son importance depuis la loi du 13 juillet 1965, bien qu'*a priori* le rapport entre ces deux problèmes ne soit pas évident.

2) NULLITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES ELLES-MÊMES.

141. — Les conclusions auxquelles nous sommes parvenus ne valent cependant que pour le premier aspect du problème de l'étendue de la nullité en matière de contrat de mariage. S'agissant, à l'inverse, de la réaction éventuelle de la nullité des conventions matrimoniales sur les opérations jointes, les solutions n'obéissent pas aux mêmes impératifs. Le principe d'immutabilité n'intervient pas, puisque les conventions matrimoniales sont, par hypothèse, nulles. Dans quelle mesure cette nullité se répercute-t-elle sur les opérations jointes ? La règle générale, qui veut que la nullité de certaines parties d'un acte entraîne celle de l'acte tout entier lorsqu'il est indivisible dans l'intention des parties, reprend-elle tous ses droits ? La réponse est, en principe, affirmative. Mais il est deux particularités qu'il importe de ne pas perdre de vue et qui distinguent le cas du contrat de mariage de tous les autres actes juridiques : d'une part, le régime légal se substitue nécessairement et rétroactivement au contrat de mariage annulé ; d'autre part, ce contrat n'est que l'accessoire du mariage : il n'est pas une fin en soi. Ces deux particularités modifient considérablement les solutions en matière d'étendue de la nullité par rapport au droit commun.

La jurisprudence n'est guère plus abondante sur ce second aspect de la question que sur le premier. Il est vrai qu'il n'est pas tellement

fréquent de voir des contrats de mariage annulés. Encore plus rares seront donc les cas dans lesquels un problème d'étendue de la nullité s'ajoutera à celui de la nullité du contrat de mariage lui-même. Une fois de plus, d'ailleurs, des impératifs particuliers entrent en jeu dans certains cas, de sorte qu'il est nécessaire de distinguer selon les différentes catégories d'opérations qui sont jointes à des conventions matrimoniales.

142. — Il n'est guère possible d'imaginer qu'une reconnaissance d'enfant naturel soit subordonnée, dans l'intention des parties, à l'existence de tel contrat de mariage ou même de n'importe quel régime matrimonial. Elle est faite en perspective du mariage, le contrat de mariage n'en fournissant qu'une occasion commode. Mais même si, par impossible, son auteur stipulait expressément qu'elle doit être indivisible du contrat de mariage, on ne pourrait tenir compte de cette volonté. La reconnaissance est un acte déclaratif insusceptible non seulement d'être rétracté, mais encore d'être simplement soumis à une condition. Stipuler l'indivisibilité, qu'est-ce d'autre que soumettre la reconnaissance à la condition que l'acte qui la contient soit efficace ? D'ailleurs, la jurisprudence et les auteurs sont d'accord pour admettre que la reconnaissance doit être maintenue même lorsque le contrat de mariage est caduc pour défaut de célébration du mariage (1). Il en serait certainement de même encore en cas de nullité du mariage. Si on maintient ainsi la reconnaissance faite en vue du mariage, il devra en être de même, *a fortiori*, lorsque c'est seulement le contrat de mariage qui est nul, laissant le régime légal se substituer à lui (2).

143. — Lorsque l'opération jointe est une libéralité, aucune règle impérative particulière ne vient écarter les solutions commandées par la notion d'indivisibilité. Mais en réalité, avant une loi du 28 décembre 1966 (1), les donations contenues dans un contrat de mariage nul étaient elles-mêmes toujours nulles pour vice de forme. En effet, l'article 9 de la loi du 25 ventôse, an XI, portant organisation du notariat, stipulait :

> « Les actes notariés pourront être reçus par un seul notaire, sauf les exceptions ci-après :
> 2° Les actes contenant donation entre vifs ou donation entre époux autres que celles insérées dans un contrat de mariage... ; ces

142. - (1) Cf. T.C. Seine, 14 juillet 1854, sous Paris, 22 janvier 1855, S. 1855.II.1 ; Grenoble, 6 août 1861, S. 1862.II.132, D.P., 1861.II.207. AUBRY et RAU, t. IX, § 568 *bis* et note 26 ; Planiol et Ripert, t. VIII, par BOULANGER, n° 87 ; BAUDRY-LACANTINERIE et CHÉNEAUX, t. IV, n° 656, etc...
(2) Comp. pour le cas d'une reconnaissance d'enfant naturel contenue dans un testament, *infra*, n° 149.

143. - (1) D. 1967, Lég., p. 33, J.C.P., 1967, n° 32588.

divers actes seront, à peine de nullité, reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins. »

Dans sa nouvelle rédaction, l'article 9 précité ne mentionne plus les donations parmi les exceptions à la règle. Si donc, antérieurement à cette réforme, le contrat de mariage, qui pouvait être reçu par un seul notaire, était nul, les donations y contenues ne remplissaient plus les conditions requises par ce texte. Car lorsque celui-ci dispensait des formalités normalement exigées les auteurs de donations insérées dans un contrat de mariage, c'est assurément un contrat de mariage valable qu'il visait. La jurisprudence semble n'avoir pas aperçu cette particularité résultant des dispositions de l'article 9 de la loi du 25 ventôse, an XI. Si effectivement elle n'a jamais maintenu telle quelle (2) une libéralité contenue dans un contrat de mariage nul, elle n'invoque pas ce texte à l'appui de ses solutions.

En fait, il est rare que la libéralité ne soit pas atteinte du même vice que les conventions matrimoniales. Le problème ne se pose, d'ailleurs, que pour les donations de biens présents (3). En effet, une institution contractuelle, qui ne peut être réalisée que par contrat de mariage, ne pourrait en aucun cas subsister en cas de nullité des conventions matrimoniales, car elle constituerait alors un pacte sur

143. - (2) Il y a lieu de mentionner ici l'effort accompli par la jurisprudence pour maintenir les constitutions de dot même lorsqu'elles sont atteintes du même vice que le contrat de mariage Un arrêt de la Chambre civile du 20 juillet 1953 (Bull., 1953.I, n° 256, p. 211. V° dans le même sens : Nîmes, 30 avril 1854, S. 1854.II.642, D.P., 1856.II.107) en fournit un exemple caractéristique. La libéralité étant nulle pour défaut d'acceptation valable de la part d'un mineur non assisté, la Cour suprême la qualifie de don manuel, de façon à ce qu'elle puisse la maintenir :

« Qu'elle réunissait, dès lors, les conditions requises pour valoir en tant que don manuel, et avait une existence propre que ne pouvait affecter la nullité du contrat de mariage. »

Dans un autre système imaginé par les auteurs il est possible de sauver la constitution de dot en qualifiant l'acte qui la contenait de promesse d'exécution de l'obligation naturelle de doter les enfants. (Sur l'exposé et l'appréciation critique de ces deux procédés, cf. la note CAPITANT au D.P., 1907.II.241, sous Montpellier, 16 décembre 1901, et la note J. SAVATIER au J.C.P., 1950, n° 5839, sous Bastia, 13 décembre 1949). Ce souci de la jurisprudence, qui s'explique aisément par la faveur qu'elle témoigne aux libéralités faites en vue du mariage, relève, dans la mesure où il est justifié, de la notion de conversion et non de celle de nullité partielle.

(3) Cf. Montpellier, 16 décembre 1901, S. 1905.II.185, note HÉMARD, D.P., 1907.II.241, note CAPITANT : nullité totale pour absence de signature des témoins (formalité supprimée par une loi du 12 août 1902) ; Bastia, 13 décembre 1949, J.C.P., 1950, n° 5839, note SAVATIER, Journ. Not., 1952, p. 277, note JAVON : nullité des conventions matrimoniales et des libéralités pour absence d'assistance du mineur ; Pau, 3 mars 1909, S. 1910.II.76 : nullité du contrat de mariage pour postériorité au mariage de la date indiquée à l'acte, nullité de la donation pour fausseté de la date équivalant à l'absence de date.

succession future pur et simple. Il se pourra, cependant, depuis que la loi du 28 décembre 1966 a soumis aux mêmes formalités le contrat de mariage et les donations en général, que des donations de biens présents, contenues dans un contrat de mariage nul, ne soient atteintes d'aucun vice intrinsèque ou connexe. Nous n'en voulons pour preuve qu'un jugement du Tribunal civil d'Yvetot, du 23 mai 1952 (4). Les conventions matrimoniales étaient, en l'espèce, nulles pour absence de consentement simultané, le contrat indiquant deux dates différentes. Les donations mutuelles contenues dans l'acte, pour lesquelles le consentement simultané n'est pas requis, n'étaient donc pas intrinsèquement nulles. Quant au vice résultant de l'article 9 de la loi du 25 ventose, an XI, il semble ne pas avoir été aperçu. De ce fait, le problème se posait à ce tribunal exactement dans les mêmes termes que si le litige était survenu après la loi du 28 décembre 1966. Pourtant les juges ne maintiennent pas les libéralités en question :

> « Attendu, disent-ils, que, dans le contrat de mariage, toute donation est une véritable convention ; qu'il n'y a pas transmission unilatérale, mais engagement réciproque ; qu'en l'espèce, dans la donation mutuelle des futurs époux... la cause juridique de chaque libéralité se trouve dans l'existence de l'autre libéralité... ; que, les époux se trouvent dans la même situation que s'ils s'étaient mariés sans contrat, et sont soumis au régime de la communauté légale ; que, par voie de conséquence nécessaire, les donations renfermées dans le contrat de mariage inexistant sont inexistantes ; »

Le raisonnement nous paraît critiquable. Deux relations totalement indépendantes, entre les conventions matrimoniales et les donations d'une part, entre les deux donations mutuelles d'autre part, y semblent confondues. Seul le premier de ces rapports était concerné. Le fait que les donations aient été mutuelles n'y change rien. Aux termes de ce jugement, il n'y aurait pas de véritables donations par contrat de mariage et la nullité de celui-ci entraînerait forcément l'anéantissement de celles-là. Les deux propositions nous paraissent erronées, du moins, en ce qui concerne la seconde, depuis la loi du 28 décembre 1966. La véritable solution, dans son principe, se trouve dans cet attendu d'un arrêt de la Chambre civile du 20 juillet 1953 :

> « Attendu que les donations entre vifs de biens présents, même consenties par contrat de mariage, sont valables dès lors qu'ont été observées les règles de forme et de fond des donations ordinaires... »(5).

143. - (4) D. 1952, p. 503.

(5) Bull., 1953.I, n° 256, p. 211. L'argument de nullité tiré de l'article 9 ancien de la loi du 25 ventôse an XI a donc également échappé à la Cour suprême, car l'hypothèse contenue dans cet attendu ne pouvait pas se réaliser en pratique avant la réforme de ce texte, à moins que le contrat de mariage ait été reçu par deux notaires ou un notaire et deux témoins.

Il ne s'agissait, en l'espèce, que d'une affirmation de principe, car en fait la donation était nulle pour non-assistance du mineur qui l'avait acceptée.

Lorsque les libéralités contenues dans le contrat de mariage ne sont pas atteintes du même vice que les conventions matrimoniales proprement dites, une distinction nous paraît devoir être faite selon la finalité de ces libéralités. Le plus souvent, celles-ci sont consenties, que ce soit par les époux eux-mêmes ou par des tiers, en vue du mariage et non en fonction du contrat de mariage. A supposer que le régime matrimonial conventionnel disparaisse, ces libéralités gardent non seulement leur utilité, mais aussi leur finalité, puisque le mariage subsiste et qu'un régime matrimonial se trouve simplement substitué à un autre. Il n'y a aucune raison que ces libéralités soient anéanties du simple fait qu'elles sont contenues dans un contrat de mariage nul en tant que tel. Il n'en serait autrement que si précisément elles n'avaient été consenties qu'en fonction de tel régime matrimonial, pour établir, par exemple, entre les époux, un équilibre que le régime adopté ne réalisait pas. Dans ce cas, il y aurait effectivement indivisibilité entre les conventions matrimoniales et les libéralités, et la nullité des premières devrait entraîner celle des secondes. Mais il nous semble que ce serait là l'exception. L'ensemble de ces circonstances, en particulier la subsistance du mariage et la substitution du régime légal aux conventions nulles, nous permet donc d'admettre une présomption de divisibilité.

144. — Lorsque enfin c'est une opération de nature onéreuse — cession, bail, reconnaissance de dette,... — qui est incluse dans le contrat de mariage, le lien avec les conventions matrimoniales est plus ténu encore. Le contrat de mariage aura simplement été l'occasion favorable pour conclure de telles opérations. On ne voit pas en quoi celles-ci pourraient être liées par un lien indissoluble aux dispositions du régime matrimonial choisi. Si un lien quelconque existe, c'est éventuellement avec le mariage lui-même. Or, celui-ci, par hypothèse, subsiste. Il n'y a donc aucune raison de ne pas maintenir ces opérations lorsque les conventions matrimoniales sont nulles. La présomption de divisibilité devient cette fois une quasi-certitude.

§ 2. — Le testament « complexe ».

145. — Le testament étant par hypothèse un acte unilatéral et à cause de mort, les possibilités de combinaisons diverses sont, cette fois, nettement plus limitées qu'en matière de contrat de mariage. Pourtant, un testament peut être un acte « complexe » à plusieurs titres, soit parce qu'il contient très souvent plusieurs dispositions de même

nature, juxtaposées mais autonomes, soit parce que des opérations qui ne constituent pas des libéralités à cause de mort s'y trouvent intégrées.

1) Pluralité de legs.

146. — Le testament contenant plusieurs legs représente l'hypothèse la plus simple et la plus fréquente de testament « complexe ». Un acte de dernière volonté ne comporte que rarement un seul legs. Au gré de ses intentions, le disposant pourra juxtaposer des legs universels, à titre universel ou à titre particulier. Leurs bénéficiaires seront généralement des personnes distinctes ; mais rien n'empêche qu'un même légataire reçoive plusieurs legs, l'un à titre universel et l'autre à titre particulier, par exemple. Lorsque certains de ces legs seront nuls, soit parce qu'ils auront comme bénéficiaires des personnes incapables de recevoir, soit parce qu'ils seront subordonnés à des conditions illicites jugées impulsives et déterminantes, soit encore parce que la quotité disponible aura déjà été entièrement épuisée ou pour toute autre raison, cette nullité se limitera-t-elle aux seuls legs ainsi atteints ou sera-t-elle susceptible de se répercuter sur le testament tout entier ?

En jurisprudence, le problème s'est surtout posé en matière de substitutions prohibées (1) dans l'hypothèse de la nullité du legs universel qui constituait l'essentiel des dispositions du testament. Certaines juridictions du fond ont décidé trop hâtivement que le testament tout entier était nul, en particulier lorsqu'un légataire unique était bénéficiaire des différents legs. Ainsi la Chambre civile censure pour cette raison la Cour d'Amiens, par un arrêt du 6 juin 1961 (2) :

> « Attendu que la nullité édictée... n'atteint que les biens frappés de substitution ; que si le testament comporte d'autres legs distincts et réguliers, ceux-ci sont valables hors le cas où la clause de substitution réagit sur l'ensemble de l'acte qui forme alors un tout indivisible; »

Lorsqu'il n'y a qu'un seul bénéficiaire, il sera parfois difficile de déterminer, en théorie du moins, si l'on est en présence de deux legs distincts ou d'un legs unique dont l'objet est partiellement nul (3).

146. - (1) V° cependant aussi : T.G.I. Seine, 14 décembre 1967, G.P., 1968.I.181, note Veliot : nullité d'un legs au profit d'un enfant adultérin, validité des autres dispositions testamentaires.

(2) Bull., 1961.I, n° 293, p. 233, J.C.P., 1961, n° 12338, note C. B. Cf. dans le même sens : Civ., 10 février 1891, D.P., 1891.I.294, S. 1891.I.105 ; Poitiers, 18 janvier 1904, D.P., 1905.II.211 ; Civ., 20 février 1922, D.P., 1925.I.163 ; Paris, 13 décembre 1957, J.C.P., 1958.IV, p. 151.

(3) Cf. par exemple : Civ., 27 juin 1894, D.P., 1895.I.204, S. 1898.I.501. Dans cette espèce, il y avait legs universel des meubles et des immeubles, ces derniers étant grevés de substitution. L'arrêt y voit deux legs distincts. V° également : Civ., 10 février 1891, précité.

En pratique, cela importe peu. La solution est, en effet, la même, soit que l'on considère que la nullité ne frappe qu'un seul legs, soit qu'on admette que l'objet du legs unique est partiellement nul, cet objet étant par hypothèse divisible. Dans les deux interprétations le critère de détermination de l'étendue de la nullité est le même.

Il ne faudrait pas conclure, cependant, que la nullité doit toujours être limitée au seul legs vicié. Rien n'empêche le testateur de subordonner expressément l'existence de tel legs à la condition que tel autre soit exécuté. Et il n'est pas impossible que les juges découvrent parfois que le *de cujus* a entendu lier indissolublement le sort de deux legs distincts. C'est donc toujours le même principe qui doit guider l'interprète. Il nous semble, néanmoins, qu'on peut raisonnablement admettre une présomption de divisibilité entre les différents legs contenus dans un testament.

2) Testaments conjonctifs.

147. — Parfois, un acte testamentaire contient non pas plusieurs legs, mais plusieurs testaments, œuvres de disposants différents. Il s'agit, alors, d'un testament conjonctif. Ce cas, bien que distinct du précédent en ce qu'il implique le concours de deux ou plusieurs testateurs, ne nécessiterait aucun développement particulier et pourrait être assimilé à celui-ci s'il n'y avait une disposition spéciale du Code civil, l'article 968, qui prohibe ce procédé :

> « Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle.» (1).

Ce texte ne semble obéir à aucun impératif logique. Son explication peut être trouvée dans des difficultés d'ordre pratique, tenant au caractère unilatéral et révocable du testament (2). Doctrine et jurisprudence s'accordent pour l'interpréter très restrictivement.

> « Pour qu'il y ait lieu à l'application de l'article 968, lit-on dans l'ouvrage de Baudry-Lacantinerie et Colin (3), il faut que deux ou plusieurs personnes aient testé dans un seul et même acte, c'est-à-

147. - (1) Cette disposition doit être rapprochée d'un autre texte du Code civil, l'article 1097, abrogé par la loi du 6 novembre 1963. Ce texte prohibait les libéralités réciproques et mutuelles entre époux par un même acte. Les deux articles obéissaient aux mêmes impératifs et avaient, d'ailleurs, un champ d'application partiellement commun. Pourtant, la loi de 1963 laisse subsister l'article 968. Par conséquent, les testaments conjonctifs entre époux restent prohibés. Sur cette réforme, cf. Esmein, G.P., 1964.I, Doct. 7, et Voirin, J.C.P., 1963, n° 1809. Ce dernier auteur met en relief son caractère incomplet et « bâtard ». Sur l'article 1097, cf. *infra*, n°s 150 ss.

(2) Cf. Planiol et Ripert, 2e éd., t. V, par Trasbot et Loussouarn, n° 528 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n°s 1849 ss.

(3) *Op. cit.*, n° 1852.

dire DANS UN CONTEXTE UNIQUE, de telle sorte que les dispositions faites par les divers testateurs se trouvent enchevêtrées les unes dans les autres et ne forment qu'un seul et même testament. »

De fait, la jurisprudence valide les dispositions de dernière volonté des différents auteurs dès lors qu'elles sont divisibles. Il en est ainsi, notamment, si les testaments sont rédigés sur des feuillets différents, ou *recto-verso* d'un même feuillet ou même seulement séparés par un trait ou un intervalle (4). La notion de divisibilité que met en œuvre la jurisprudence en cette matière pour déterminer s'il y a ou non testament conjonctif n'est d'ailleurs pas la même que celle que nous avons rencontrée précédemment et qui était fondée sur le principe d'autonomie de la volonté. Il s'agit, cette fois, d'une divisibilité purement objective : les deux testaments peuvent-ils être matériellement distingués ou sont-ils imbriqués l'un dans l'autre au point qu'on ne puisse les isoler ?

Si l'on admet ainsi, conformément au droit positif, qu'un acte testamentaire unique, contenant plusieurs testaments distincts, ne tombe pas nécessairement sous le coup de l'article 968, le problème de l'étendue de la nullité réapparaît. Il se pourra, en effet, que l'un des testaments ainsi juxtaposés soit nul, pour insanité d'esprit de l'un des testateurs, pour incapacité du bénéficiaire, etc... Cette nullité sera-t-elle cantonnée au testament vicié ou s'étendra-t-elle, le cas échéant, à l'acte tout entier ? C'est ici qu'intervient à nouveau la notion d'indivisibilité subjective. Elle permettra de déterminer l'étendue de la nullité. Il y a lieu de se demander, même, si cette indivisibilité ne doit pas être présumée lorsque les deux testaments sont réciproques. Il ne semble pas que la jurisprudence ait été amenée à faire usage de ce concept dans une telle hypothèse (5).

3) TESTAMENT-PARTAGE.

148. — Avec le testament-partage c'est, cette fois, une opération de nature différente de celle des libéralités à cause de mort qui pénètre dans le testament. Il est expressément prévu par le Code civil : article 1075, al. 2 :

« Ces partages pourront être faits par actes entre vifs ou testamentaires... »

Etant donné qu'au point de vue de l'étendue de la nullité les problèmes sont les mêmes que pour les donations-partages, ces dernières étant par ailleurs beaucoup plus fréquentes que les testaments-

147. - (4) V° les nombreuses références citées par Planiol et Ripert, t. V précité ; GENDREL, J. Cl. Civ., art. 967-969, n° 6.
(5) On peut cependant invoquer, par analogie, la jurisprudence en matière de donations conjointes, *infra*, n°s 150 ss.

partages, nous étudierons ceux-ci en même temps que celles-là, dans le cadre de l'étude des donations « complexes » (1).

4) Testament et reconnaissance d'enfant naturel.

149. — Quelquefois, c'est une reconnaissance d'enfant naturel qui se trouve incluse dans un testament. Il arrive, en effet, que des pères, pris de remords tardifs ou ne craignant plus de rendre officielle une situation qui, assumée officieusement ou non de leur vivant, eût pu, à ce moment-là, les gêner matériellement ou moralement, reconnaissent un enfant naturel dans leur testament et le gratifient. Relativement au problème de l'étendue de la nullité, les observations que nous faisions déjà en matière de contrat de mariage (1) restent valables. La reconnaissance est évidemment nulle si elle est contenue dans un testament authentique nul pour vice de forme ou dans un testament olographe (2). Dans ce dernier cas, le legs fait éventuellement à l'enfant subsistera, sauf à être réduit à ce qui est permis (3). Une indivisibilité entre le legs et la reconnaissance pourrait difficilement se concevoir. Lorsque, au contraire, la reconnaissance est contenue dans un testament authentique et que les libéralités seules sont nulles, son maintien s'impose :

> « la circonstance que la disposition testamentaire serait nulle n'empêche pas la reconnaissance contenue dans le même acte d'être valable »,

dit un arrêt de la Chambre des requêtes du 24 octobre 1939 (4). On peut invoquer dans le même sens, par analogie, la jurisprudence qui admet que la révocation d'un legs laisse subsister la reconnaissance qui est, par essence même, irrévocable (5). Une reconnaissance valable ne peut jamais être remise en cause.

148. - (1) Cf. *infra*, n^{os} 157 ss.

149. - (1) Cf. *supra*, n° 142.

(2) Cf. Req., 18 mars 1862, D.P., 1862.I.284 ; Paris, 11 août 1866, D.P., 1866.II.168 ; Agen, 27 novembre 1866, D.P., 1866.II.235.

(3) Cf. Paris, 11 août 1866 précité.

(4) D.H., 1940, p. 4.

(5) Cf. notamment T.C. Cahors, 11 novembre 1913, G.P. 1914.I.143. La reconnaissance doit « être définitivement acquise » et subsister « quel que soit le sort de l'acte qui la contient », dit ce jugement. V° également Bastia, 17 août 1829, S. chronol., 1828-1830.II.323 ; Bastia, 5 juillet 1826, S. chronol., 1825-1827.II.254. En ce sens : Aubry et Rau, t. IX, par Bartin, § 568 *quater* et note 2 ; Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, t. IV, n° 656 ; Planiol et Ripert, t. II, par Rouast, 2e éd., n° 850, et la majorité des auteurs. *Contra :* Beudant et Lerebours-Pigeonnière, t. III, par Breton, p. 265, note 3 ; Planiol et Ripert, t. II, 1re éd., par Rouast, n° 850. Ces derniers auteurs admettent que la reconnaissance est révocable lorsqu'elle est contenue dans un testament parce que celui-ci est, par essence même, révocable. Cette opinion est des plus contestables. La reconnaissance d'enfant naturel n'est suscep-

§ 3. — Les donations « complexes ».

Comme dans l'hypothèse précédente, c'est sous des formes très variées, tantôt envisagées par le législateur lui-même, tantôt issues de la seule ingéniosité de leurs auteurs, que les donations « complexes » se présentent. Parfois, comme en matière de testaments, c'est un élément de nature onéreuse qui, en se combinant avec l'élément-libéralité, rend l'acte « complexe ». Nous maintiendrons cependant ces combinaisons dans cette rubrique des donations « complexes », dans la mesure où c'est la libéralité qui constitue leur élément-moteur.

1) Les donations conjointes.

150. — La donation conjointe représente la donation « complexe »-type. Ce qui est prohibé par testaments (art. 968) ne l'est pas par donations entre vifs : ainsi, plusieurs personnes peuvent librement, dans un même acte, faire à des tiers ou se faire réciproquement des donations. Pour la clarté de l'exposé nous distinguerons ces deux cas.

Les donations simplement conjointes, c'est-à-dire celles qui sont réalisées dans un même acte au profit d'une ou de plusieurs tierces personnes, sont assez rares. Si un problème d'étendue de la nullité se pose, on ne voit aucune raison de ne pas décider séparément de leur sort, sous deux réserves cependant. La première concerne le cas dans lequel les donateurs auraient entendu lier indissolublement les diverses dispositions. Il y aurait, dans ce cas, indivisibilité subjective, qui entraînerait la nullité totale de l'acte. La seconde réserve vise l'hypothèse dans laquelle il est impossible d'exécuter l'une des donations seulement, l'objet des diverses donations étant objectivement indivisible. A deux reprises la Cour de cassation a eu récemment à statuer sur l'étendue de la nullité de telles donations (1).

> « Attendu, dit-elle dans sa première décision, que l'arrêt attaqué, qui ne constate l'insanité d'esprit que d'un seul des auteurs de la libéralité conjointe, mais en prononce néanmoins la nullité totale et sans restrictions, sans s'expliquer aucunement sur les circonstances de nature à fonder cette nullité intégrale, n'a pas, sur ce point, donné de base légale à sa décision ; »

Dans le second arrêt, au contraire, la même juridiction approuve les juges du fond d'avoir prononcé la nullité totale de la libéralité conjointe réalisée par deux époux pour insanité d'esprit du mari, alors qu'il était impossible d'en diviser les effets.

tible d'aucune modalité, terme ou condition. Mais même si ces auteurs avaient raison, il ne s'ensuit pas qu'en matière de nullité il faudrait admettre la même indivisibilité.

150. - (1) Civ., 27 janvier 1960, Bull., 1960.I, n° 60, p. 49, et Civ., 30 mars 1960, Bull., 1960.I, n° 190, p. 153.

Les donations conjointes et mutuelles diffèrent des précédentes par leur réciprocité. Depuis la loi du 6 novembre 1963, qui a abrogé l'article 1097 du Code civil, cette catégorie de donations peut, à notre point de vue, être assimilée à la précédente. Ce texte prohibait, en effet, les donations mutuelles entre époux :

> « Les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire ni par acte entre vifs, ni par testament (2) aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte. »

Avant 1963, le problème de l'étendue de la nullité de ce genre de donations ne se posait donc guère, car les donations réciproques entre époux, par hypothèse entièrement nulles, étaient les seules, semble-t-il, que connaissait la pratique. Désormais ce problème peut, au contraire, se poser : il suffit de supposer que l'un des époux ne soit pas sain d'esprit, comme dans les deux arrêts précités de la Chambre civile des 27 janvier et 30 mars 1960. Dans ce cas, la nullité ne frappera, en principe, que la donation consentie par cet époux, sous réserve que les deux libéralités soient objectivement et subjectivement divisibles. On peut se demander, d'ailleurs, si l'indivisibilité subjective ne doit pas, ici, être présumée, contrairement à ce qu'il y a lieu d'admettre en cas de donations simplement conjointes, du fait, précisément, que les donations sont, cette fois, réciproques.

2) La clause de réversibilité.

151. — Une particularité importante de ces donations conjointes et mutuelles réside dans le fait qu'elles sont souvent elles-mêmes l'accessoire d'un autre acte juridique. C'est du moins ainsi qu'a été interprétée par la jurisprudence la clause de réversibilité d'usufruit ou de rente viagère. Dans une telle hypothèse, il y a donc acte « complexe » à deux degrés. La clause de réversibilité, qui consiste en ce qu'une prestation, due aux époux, devra être versée au survivant jusqu'à son décès, est elle-même un acte « complexe » dans la mesure où elle est analysée comme une donation conjointe et mutuelle. Adjointe à un autre acte juridique : partage d'ascendant, donation, vente, elle donne lieu à la formation d'un acte « complexe » au second degré. Si avant 1963 aucun problème d'étendue de la nullité n'a pu se poser au premier degré, du fait de l'article 1097, au second degré, en revanche, dans le rapport entre la clause de réversibilité et l'acte principal, ce problème a été fréquemment soulevé devant les tribunaux. Même si les solutions élaborées à ce propos sont aujourd'hui dépassées par

150. - (2) En ce qui concerne le testament, ce texte reprenait donc simplement la règle de l'article 968 : cf. *supra*, n° 147. Or, ce dernier texte subsiste. La prohibition de l'ancien article 1097 demeure donc en ce qui concerne le testament, et, par extension, l'institution contractuelle.

suite de l'abrogation de l'article 1097, elles conservent cependant une certaine valeur intrinsèque en tant qu'illustrations de la façon dont la jurisprudence résout cette délicate question de l'étendue de la nullité. Il n'est, dès lors, pas inutile de les examiner (1), d'autant plus qu'il n'est pas impossible d'imaginer qu'une telle clause soit annulée encore actuellement : elle peut, en effet, être atteinte d'un vice quelconque qui lui soit propre et qui n'affecte pas la convention principale (2).

152. — Par rapport à l'opération principale sur laquelle est greffée la clause de réversibilité, celle-ci est une clause accessoire. Ne faut-il pas, dans ces conditions, résoudre le problème de l'étendue de la nullité avec les règles propres à ce genre de clauses, c'est-à-dire au moyen des articles 900 ou 1172, selon que l'acte principal est à titre gratuit ou à titre onéreux (1) ? Pourtant, la clause de réversibilité est plus qu'une simple clause accessoire. Elle constitue un véritable acte juridique distinct et autonome, puisqu'il est conclu entre parties différentes : la clause de réversibilité est une donation réciproque entre époux (2), alors que l'acte principal est l'œuvre des époux d'une part et de tierces personnes d'autre part. Indépendamment du fait que la clause de réversibilité constitue elle-même une donation « complexe », la combinaison acte principal-clause de réversibilité est donc incontestablement un acte « complexe » (3). N'y a-t-il pas lieu, dès lors, d'écarter les articles 900 et 1172, puisque nous avions conclu que ces textes étaient inapplicables à cette catégorie d'actes (4), et de recourir au concept d'indivisibilité ? De prime abord, la question

151. - (1) Sur l'ensemble de la question, cf. TRÉCA, Des donations mutuelles entre époux faites par le même acte accessoirement à un contrat principal, thèse Paris, 1904.

(2) Cf. Civ., 7 janvier 1955. Bull., 1955.I, n° 3, p. 3. La cause de nullité de la clause de réversibilité n'est pas précisée dans cet arrêt. Mais il ne semble pas que ce puisse être l'article 1097, car cette espèce concernait précisément une hypothèse, le partage d'ascendant, dans laquelle la clause de réversibilité était expressément reconnue valable depuis une loi du 7 février 1938 : article 1097, al. 2.

152. - (1) Il arrive, en effet, que la clause de réversibilité soit jointe à une vente. Cette fois, l'élément principal, c'est la vente. Cependant, bien que ce paragraphe concerne les donations « complexes », nous préférons ne pas scinder arbitrairement l'examen des particularités qu'offre la clause de réversibilité au point de vue de l'étendue de la nullité.

(2) Il n'est pas impossible d'imaginer que la clause de réversibilité concerne deux personnes autres que deux époux. Mais la pratique ne connaît, semble-t-il, que cette hypothèse. C'est donc sur elle que nous raisonnerons.

(3) Le caractère « complexe » de cette combinaison, au sens où nous entendons ce terme, est parfaitement mis en évidence dans une note VOIRIN au J.C.P., 1961, n° 12396, sous un arrêt de la Cour d'Angers du 16 juin 1961.

(4) Cf. *supra*, n° 134.

paraît importante. En réalité, il n'en est rien. Dans la mesure où, à l'heure actuelle, la jurisprudence fonde ses solutions concernant l'étendue de la nullité sur le respect des intentions des parties, peu importe que ce soit sur la base des articles 900 ou 1172 ou sur celle du concept d'indivisibilité. C'est un argument de logique purement formelle qui nous a amené à écarter les textes en question en matière d'actes « complexes ». En effet, lorsque dans un tel acte les différentes opérations juridiques composantes — gratuites et onéreuses — sont, en quelque sorte, sur un pied d'égalité, c'est-à-dire si aucune ne représente l'élément principal, les autres n'étant que des accessoires, il n'y a aucune raison d'invoquer plutôt l'article 900 que l'article 1172. Comme il est tout aussi impossible d'opter que de les appliquer simultanément, on ne peut que les écarter en bloc. Or, dans l'hypothèse présente, la clause de réversibilité est effectivement un accessoire par rapport à une opération principale. Il n'y a donc aucun obstacle infranchissable à l'application, selon la nature gratuite ou onéreuse de l'opération principale, des articles 900 ou 1172 (5). Il pourrait tout au plus sembler curieux que la nullité de la même clause de réversibilité donne lieu à l'application de textes théoriquement opposés. Mais notre droit positif fournit d'autres exemples de ce genre (6). De fait, la jurisprudence a parfois eu recours aux articles 900 ou 1172 en présence de clauses de réversibilité nulles, même lorsqu'elle s'est rendue compte que ces clauses constituaient de véritables libéralités autonomes, et tout en invoquant ce dernier caractère à l'appui du maintien de l'acte principal.

153. — C'est essentiellement dans trois sortes d'actes que la clause de réversibilité s'est révélée être un procédé technique utile pour les parties et fréquemment conseillé par le notariat : la donation-partage, la donation simple et la vente contre rente viagère (1).

Jointe à une donation-partage (2), la réserve d'usufruit ou de rente viagère réversible permet de concilier les avantages de cette institution avec le souci, pour les ascendants-donateurs, de ne pas se dépouil-

152. - (5) Le fait, notamment, que l'opération principale soit à titre onéreux alors que la clause de réversibilité constitue une donation, n'empêche pas l'article 1172 de s'appliquer, de même qu'une charge, élément onéreux, dans une libéralité, n'est pas un obstacle à l'application de l'article 900.

(6) Par exemple : les clauses relatives à la liberté du mariage. Cf. A. HUET, Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques, R.T.D.Civ., 1967, pp. 45 ss.

153. - (1) On peut citer également le contrat d'assurance sur la vie : l'article 73 de la loi du 13 juillet 1930 autorise expressément la clause de réversibilité dans ce cas. Il ne semble pas y avoir eu de problème d'étendue de la nullité en pratique. Nous négligerons donc cette hypothèse.

(2) Sur la donation-partage elle-même, en tant qu'acte « complexe », cf. *infra*, n°s 157 ss.

ler totalement et de s'assurer, quel que soit le survivant, un moyen de subsistance invariable. Dans cette combinaison il y a lieu, d'ailleurs, de distinguer soigneusement la donation-partage, d'une part, la réserve d'usufruit ou de rente viagère, d'autre part, et, enfin, la clause de réversibilité, dont le seul but est d'assurer au survivant la totalité de l'usufruit réservé ou de la rente viagère stipulée. Dès le début du XIX[e] siècle, la jurisprudence considéra que cette clause constituait une « donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte », tombant sous le coup de l'article 1097. Mais quelle répercussion cette nullité allait-elle avoir sur la donation-partage elle-même, assortie de la réserve ? Un arrêt de la Cour d'Amiens du 10 novembre 1853 (3) annule l'ensemble de l'opération au motif que l'acte :

> « ne peut être non plus invalidé seulement en ce qui concerne l'usufruit réciproque que se sont attribué les donateurs, puisque, sans cette réserve au profit du survivant, le partage anticipé n'aurait pas eu lieu. »

Aucun texte n'est invoqué par l'arrêt à l'appui de sa solution, qui constitue une remarquable application du principe d'autonomie (4). Il y a pourtant, dans cet arrêt, une confusion certaine entre la réserve d'usufruit et la clause de réversibilité. Les décisions ultérieures, au contraire, font nettement la distinction entre ces deux éléments et n'annulent toutes que la seule clause de réversibilité, en se fondant sur la lettre de l'article 900 du Code civil (5). A ce dernier point de vue, les arrêts cités sont donc critiquables. Mais depuis que le législateur, conscient de l'utilité incontestable de la clause de réversibilité en matière de donation-partage, l'a validée par une loi du 7 février 1938, apportant, dans un second alinéa, une exception à l'article 1097, ce problème a perdu son acuité. Il n'a pourtant pas totalement disparu. L'arrêt précité (6) de la Chambre civile du 7 janvier 1955 semble en apporter la preuve : en effet, la clause de réversibilité, valable dans son principe depuis cette réforme lorsqu'elle est jointe à une donation-partage, peut parfaitement être viciée par une cause de nullité du droit commun, comme toute autre clause. En ce qui concerne l'étendue de la nullité, déterminée sur la base de l'article 900 et de la notion de cause impulsive et déterminante (7),

153. - (3) D. 1854.II.92, S. 1853.II.690.

(4) L'article 900, à cette époque-là, n'aurait pas permis d'arriver au même résultat, car il n'avait pas encore reçu le correctif de la notion de cause impulsive et déterminante.

(5) Cf. Req., 26 mars 1855, D. 1855.I.63 ; Req., 25 février 1878, D. 1878.I.449, S. 1881.I.73 ; Nancy, 11 juin 1887, D.P., 1888.II.183. Parfois le problème de l'étendue de la nullité n'est même pas posé, du moins devant la Cour suprême : Civ., 19 janvier 1881, S. 1881.I.108 ; Civ., 4 mai 1937, S. 1937.I.221, R.T.D.Civ., 1937, p. 875, obs. SAVATIER.

(6) Cf. *supra*, référence et remarque, note 2 n° 151.

(7) En ce sens, TRÉCA, *op. cit.*, p. 137.

une attention particulière a été attachée à la rédaction de cet arrêt. Il affirme nettement le principe selon lequel les juges du fond peuvent décider qu'une clause n'a pas été la cause impulsive et déterminante de l'acte, bien que les parties aient expressément stipulé qu'elle constituait une condition *sine qua non*.

154. — Jointe à une donation simple avec réserve d'usufruit ou charge de rente viagère, la clause de réversibilité remplit les mêmes fonctions que dans le cas précédent. La seule différence, c'est que dans une donation simple la clause restait prohibée après 1938. Un arrêt de la Cour de Montpellier du 28 janvier 1935 (1) résout le problème de l'étendue de la nullité par le recours à l'article 900, dans son interprétation nouvelle. Mais, comme l'arrêt précité de la Cour d'Amiens du 10 novembre 1853, il confond réserve d'usufruit et clause de réversibilité : l'ensemble de ces deux éléments y est, en effet, annulé en vertu de l'article 1097 alors que le second seulement était vicié. Le Tribunal de grande instance de Besançon, dans un jugement du 21 novembre 1962 (2), évite cet écueil et n'annule que la seule clause de réversibilité. Mais la particularité remarquable de cette décision, c'est que l'article 900 n'est plus invoqué. La nullité partielle de l'acte semble être fondée, implicitement du moins, sur la divisibilité entre les deux opérations visant des parties différentes.

155. — Le problème de la nullité de la clause de réversibilité en matière de vente (1) contre rente viagère est d'origine relativement récente. Mais il constitue un exemple frappant des difficultés qu'entraîne la recherche de la qualification véritable de certaines stipulations. De même que la jurisprudence a, dans d'autres circonstances, « découvert » des pactes sur succession future dans des stipulations couramment conseillées par les praticiens, c'est, cette fois, une donation mutuelle entre époux par un même acte qu'on a ainsi mise à jour. C'est un arrêt de la Chambre civile du 18 juin 1958 (2) qui inaugure cette jurisprudence en cassant un arrêt de la Cour d'Angers du 9 janvier 1952. Puis, le 9 mai 1962 (3), la Chambre civile réaffirme

154. - (1) S. 1935.II.53.
(2) G.P., 1963.I.205, R.T.D.Civ., 1963, pp. 388-389, obs. SAVATIER.

155. - (1) Cf. *supra*, la note 1 n° 152.
(2) Bull., 1958.I, n° 318, p. 255, J.C.P., 1958, n° 10807, note VOIRIN. V° cependant deux arrêts anciens : Civ., 8 août 1853, D.P., 1853.I.252, et Dijon, 23 décembre 1881, rapporté sous Req., 18 janvier 1882, D.P., 1883.I.196, qui admettent que la clause de réversibilité de la réserve d'usufruit — et non plus de la rente viagère —, jointe à une vente, tombe, le cas échéant, sous le coup de l'art. 1097. Dans le premier arrêt le problème de la nullité n'est cependant pas directement posé. Le second admet que la clause de réversibilité nulle « ne pourrait être considérée comme une condition de la vente passée », au sens de l'article 1172.
(3) J.C.P., 1962, n° 12815, note VOIRIN, S. 1963, p. 97, note MEURISSE, R.T.D. Civ., 1962, p. 684, Journ. Not., 1962, p. 686, note RAISON.

son opinion, en cassant un autre arrêt de la même Cour d'appel du 5 décembre 1956, bien que la Cour de Rennes, désignée comme Cour de renvoi par l'arrêt de 1958, ait, entre temps (4), refusé de se soumettre à son avis. Aucun des deux arrêts de la Cour suprême ne s'interroge, d'ailleurs, sur la divisibilité de l'opération et sur l'étendue de la nullité, le seul problème posé étant celui de la nullité ou de la validité de la clause de réversibilité. C'est une fois de plus la Cour d'Angers qui, en même temps qu'elle renverse sa jurisprudence en ce qui concerne la validité de la clause, pose pour la première fois le problème de l'étendue de la nullité, dans un arrêt du 16 juin 1961 (5). Elle annule non seulement la clause de réversibilité, mais aussi l'ensemble de l'opération, en se fondant sur l'article 1172, sans cependant fournir aucune justification quant au caractère déterminant de la clause de réversibilité. Pour cette raison, son arrêt est censuré par la Cour suprême le 4 janvier 1966 (6). C'est encore la Cour d'Angers, enfin, qui, le 4 juin 1962 (7) modifie sur le dernier point son opinion, limitant la nullité à la seule clause de réversibilité. Son raisonnement, solidement charpenté cette fois, ne peut qu'être approuvé, ce que fait d'ailleurs la Cour suprême (8).

> « Attendu, dit la Cour d'Angers, que l'acte incriminé comprend DEUX SORTES DE CONVENTIONS BIEN DISTINCTES, ENTRE PARTIES DIFFÉRENTES : d'une part une vente immobilière conclue entre les époux D. et les époux S., d'autre part une convention de réversion de rente entre les époux D. ; que si toute convention prohibée par la loi rend nulle la convention qui en dépend, il n'apparaît pas que la vente du bien commun aliéné par les époux D. dépend du sort de la convention conclue entre eux ; que cette convention fût-elle déclarée nulle, sa disparition ne modifierait pas les rapports entre vendeurs et acheteurs créés par le contrat de vente dont l'économie générale ne serait pas affectée par cette nullité. »

Sur ce point la Cour d'Angers se conforme très exactement, presque littéralement, à l'opinion émise par M. le doyen Voirin dans une note dans laquelle il critiquait sévèrement l'arrêt qu'elle avait rendu du 16 juin 1961 (9). Dans la mesure où l'on était d'accord sur la qualification de donation mutuelle de la clause de réversibilité, l'étendue de la nullité devait donc se déterminer au moyen des deux proposi-

155. - (4) Rennes, 28 avril 1959, J.C.P., 1959, n° 11227, note VOIRIN, D. 1960, p. 126, S. 1960, p. 91.
(5) J.C.P., 1961, n° 12396, note VOIRIN, S. 1961, p. 320, D. 1961, p. 573.
(6) Civ., 4 janvier 1966, Bull., 1966.I, n° 6, p. 5, J.C.P., 1966, n° 14541 (2e espèce).
(7) J.C.P., 1962, n° 12855, note P.V.
(8) Civ., 4 janvier 1966, Bull., 1966.I, n° 8, p. 8, J.C.P., 1966, n° 14541 (3e espèce).
(9) Note précitée au J.C.P., 1961, n° 12396. V° également sa chronique : « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », au J.C.P., 1959, n° 1467, spécialement n°s 11-12.

tions suivantes : en principe, les deux opérations — vente et donation — sont indépendantes et divisibles et la nullité n'est que partielle, mais s'il apparaît que les parties ont entendu les lier indissolublement, cette indivisibilité subjective ne peut qu'entraîner la nullité de l'ensemble de l'acte (10).

Bien que la Cour suprême maintienne sa qualification de donation mutuelle et réciproque de la clause de réversibilité jointe à une vente (11), le problème ne se posera plus guère à l'avenir (12), du fait de l'abrogation de l'article 1097 par la loi du 6 novembre 1963 (13).

156. — Si ces développements ont perdu, du fait de cette abrogation, la majeure partie de leur intérêt pratique (1), ils gardent une valeur théorique incontestable. Les errements de la jurisprudence en ce qui concerne le critère de détermination de l'étendue de la nullité sont significatifs de l'insuffisance flagrante de notre droit positif sur ce point. Alors qu'en matière d'actes « complexes », les tribunaux font généralement appel à la notion d'indivisibilité pour résoudre le problème de l'étendue de la nullité, ils se contentent, cette fois, de constater que l'acte « complexe » se présente extérieurement comme une convention assortie d'une clause accessoire, pour recourir directement ou indirectement aux articles 900 et 1172. Les résultats concrets sont

155. - (10) Comp. Tréca, *op. cit.*, p. 132, qui préconise la même solution en la fondant expressément sur l'article 1172 et sur la notion de condition *sine qua non*. L'arrêt cité de la Cour d'Angers, du 4 juin 1962, bien qu'il ne vise pas l'article 1172, ni aucun autre texte, semble cependant implicitement se fonder sur cet article, puisqu'il en reprend les termes mêmes, remplaçant simplement le mot « condition » par celui de « convention ». Cette audacieuse transposition, après l'affirmation claire de l'existence de deux conventions distinctes, est remarquable. Sur la validité de ce raisonnement, replacé dans le cadre des actes « complexes » en général, cf. *supra*, n° 152.

(11) Cf. 3 arrêts de la Chambre civile du 4 janvier 1966, J.C.P., 1966, n° 14541. L'arrêt des Chambres réunies du 19 mai 1965 (D. 1965, p. 569, concl. Molinier, note Voirin ; J.C.P., 1965, n° 14463, note Esmein) pouvait faire croire un instant à un nouveau revirement de jurisprudence. En réalité, si, dans cette espèce, les Chambres réunies ont refusé de qualifier la clause litigieuse de donation mutuelle et réciproque, c'était en raison d'une circonstance particulière. Cf. sur ce point la note Esmein au J.C.P., 1965, n° 14463 et la note R. L. au J.C.P., 1966, n° 14541.

(12) A moins que la clause ne soit viciée par une cause de nullité du droit commun.

(13) Cette abrogation avait déjà été réclamée en 1904 par Tréca, *op. cit.*, pp. 250 ss. Cet auteur démontre (pp. 236 ss.) que la prohibition de l'article 1097 n'était justifiée que pour les donations mutuelles principales et non pour cette forme particulière de donation mutuelle que constitue la clause accessoire de réversibilité. Or, en pratique, il n'existait plus de donations mutuelles à titre principal. L'article 1097 n'avait donc plus de raison d'être et constituait même une gêne considérable pour des opérations d'une utilité incontestable.

156. - (1) V° cependant *supra*, n° 151 et la note 2, ainsi que n° 153 *in fine* et la note 12 n° 155.

les mêmes. Cela prouve à l'évidence qu'aux lieu et place des solutions actuelles un critère unique de l'étendue de la nullité devrait être trouvé (2).

3) Le partage d'ascendant.

157. — Le partage d'ascendant (1) se caractérise par le fait qu'il est un acte « complexe » par essence même, voulu comme tel par la loi. Cette particularité a influencé la jurisprudence lorsque s'est posé le problème de l'étendue de la nullité. Il faut d'ailleurs observer que, sans cette consécration légale, le partage d'ascentdant, ou du moins la donation-partage, aurait été un pacte sur succession future. Quant à la complexité de cette opération, elle est elle-même susceptible de degrés.

158. — Le partage d'ascendant réalisé par un seul ascendant constitue l'hypothèse la plus simple. L'originalité de l'institution réside dans le fait qu'elle est une combinaison d'une libéralité, acte unilatéral, et d'une convention de partage (1). Que se passera-t-il si un seul de ces deux éléments est vicié ? Le partage, par exemple, pourra

156. - (2) Cf. *infra*, II[e] partie, en particulier n° 314.

157. - (1) Pour ne pas briser l'unité de l'institution du partage d'ascendant, nous envisagerons ici aussi bien le cas de la donation-partage que celui, beaucoup plus rare, du testament-partage, bien que ce paragraphe soit plus spécialement consacré aux donations « complexes ».

158. - (1) Normalement, les deux opérations sont simultanées et se réalisent par le même acte. Il semble, cependant, que des actes matériellement distincts, même espacés dans le temps, puissent satisfaire aux conditions de validité du partage d'ascendant, pourvu que l'ensemble constitue intellectuellement une opération unique. C'est ce qu'un arrêt de la Chambre civile du 8 juillet 1957 (Bull., 1957.I, n° 313, p. 249) a admis, dans une hypothèse où le partage, paradoxalement, se situait même avant la donation. En effet, entre autres opérations, trois frères avaient réglé le sort d'un fonds de commerce appartenant à leur mère. Ce n'est que quelques mois plus tard que celle-ci leur fit donation de ce fonds. En soi, la convention entre les trois fils constituait incontestablement un pacte sur succession future nul. Mais cette convention n'est intervenue, semble-t-il, qu'en considération de la donation ultérieure, déjà projetée, du fonds de commerce. On peut alors admettre que l'ensemble fût analysé comme une donation-partage valable, réalisée par étapes. De fait, l'arrêt admet que la convention et la donation « constituaient une opération unique de partage ». Si, en revanche, la donation en question était intervenue en quelque sorte par hasard, ou même par suite d'une sollicitation de la part des auteurs de la convention, l'analyse de la Cour suprême aurait été beaucoup plus contestable, car il se serait agi, alors, d'actes intellectuellement distincts. Comment aurait-on pu justifier, en droit, qu'un acte nul de nullité absolue pût se trouver validé par un acte ultérieur d'un tiers ? Comp. avec la purge du vice de substitution prohibée par le prédécès du grevé (*supra*, note 3 n° 50), avec la purge de la nullité d'une clause d'une convention collective par une loi postérieure (*supra*, note 17 *in fine* n° 95) et avec la théorie de Troplong de l'indivisibilité du contrat de mariage, indivisibilité permettant de valider la partie nulle de l'acte (*supra*, n° 138).

être attaqué pour omission d'un enfant, pour lésion de plus du quart ou pour toute autre raison ; la libéralité aura pu être l'œuvre d'un dément,... Dans une telle hypothèse, la nullité d'un élément se répercutera-t-elle sur l'autre ? Deux situations doivent être distinguées.

Lorsque la libéralité est nulle, l'ensemble de l'opération tombe nécessairement. Il ne peut y avoir partage que s'il y a eu d'abord libéralité, sinon il s'agit d'un partage de la chose d'autrui. Le problème ne s'est jamais posé en pratique.

En revanche, lorsque le partage est nul, la répercussion sur la libéralité n'est pas aussi évidente. Pourtant, la jurisprudence ne s'est guère embarrassée de nuances. Le législateur ayant érigé le partage d'ascendant en institution autonome, elle n'a pas cru devoir admettre une éventuelle divisibilité. Elle a donc annulé l'ensemble de l'opération bien que le vice ait été propre à l'élément-partage (2).

> « On ne saurait, sans dénaturer le caractère du partage d'ascendant, en scinder les dispositions et considérer les donations comme indépendantes du partage dont elles sont seulement l'instrument et le moyen, » dit l'arrêt de la Chambre civile du 22 août 1877.

Cette solution, que les textes ne commandaient nullement, présentait un grave inconvénient pour les tiers, ayants-droit des bénéficiaires du partage d'ascendant. Aussi est-ce le législateur lui-même qui est intervenu en 1938 pour décider que l'opération était divisible : article 1078, al. 4 :

> « Lorsque la rescision du partage fait par acte entre vifs aura été prononcée, comme aussi dans le cas de nullité prévu par l'article 1077, les enfants ou descendants qui viendront au nouveau partage feront le rapport des biens qui leur avaient été attribués par l'ascendant, suivant les règles prescrites par les articles 855 et suivants. »

La donation subsiste donc en tant qu'avancement d'hoirie (3).

Une question reste discutée en doctrine : cette disposition, qui ne vise que le « partage » fait par acte entre vifs », doit-elle être appliquée au testament-partage ? Les auteurs sont, sur ce point, en désaccord (4). Dès lors que le texte de 1938 n'institue pas une excep-

158. - (2) Nullité du partage pour omission d'enfant : Req., 25 février 1856, D.P., 1856.I.113 ; Req., 3 juin 1863, D.P., 1863.I.429 ; Lyon, 6 mars 1878, D.P., 1878.II.65 ; Civ., 21 juin 1882, D.P., 1883.I.353. Rescision pour lésion de plus du quart : Civ., 22 août 1877, D.P., 1877.I.481, S. 1878.I.145 ; Req., 6 août 1884, D.P., 1885.I.49, note Mérignhac, S. 1885.I.369.

(3) Cf. par ex. : Civ., 3 novembre 1964, J.C.P., 1965, n° 14156, note P. Lagarde.

(4) En faveur de l'extension : Boulanger, D.H., 1938, chr., pp. 41 ss., en particulier 4° ; Desbois, D.P., 1938.IV.359. Il faut alors admettre que les legs qui subsistent sont exceptionnellement rapportables. *Contra :* Trasbot, Encycl. Dalloz, *v°* Partage d'ascendant, n° 446 ; Tournon, J. Cl. Civ., art. 1078, n° 27

tion à un principe, mais constate simplement une divisibilité dont la jurisprudence avait refusé ou négligé de tirer les conséquences, nous pensons qu'il n'y a aucun obstacle à appliquer le même raisonnement au testament-partage. L'article 1078, al. 4 n'est, en fin de compte, que l'application à un cas particulier de l'adage « *Utile per inutile non vitiatur* » (5).

Mais quel que soit le domaine d'application de l'article 1078, al. 4, il y a lieu de se demander s'il est un texte impératif ou interprétatif. En d'autres termes : cette divisibilité est-elle désormais automatique ? La question ne semble présenter un intérêt véritable qu'en cas de donation-partage. S'il apparaît que le partage, tel qu'il avait été fait, était pour le donateur une condition sans laquelle il ne se serait pas dépouillé de son vivant, la nullité de l'ensemble de l'opération semble devoir être prononcée, par application du critère habituel de l'étendue de la nullité en matière d'actes « complexes ». Si, au contraire, l'action est intentée après le décès de l'ascendant, le seul intérêt éventuel de la nullité totale résiderait dans le fait qu'en cas de validité des libéralités leur rapport ne se fait en principe qu'en valeur. Il faudrait, dans ce cas, que les héritiers prouvent que le partage était indivisible des libéralités dans l'intention du disposant.

159. — Afin d'éviter les difficultés susceptibles d'être soulevées par le règlement de leurs successions respectives, les deux parents procèdent parfois à la répartition de tous leurs biens entre leurs enfants en une seule fois, par un même acte : le partage d'ascendant conjonctif (1).

Un problème préliminaire se pose. Si la donation-partage conjonctive est incontestablement licite, en est-il de même pour le testament-partage conjonctif ? En d'autres termes, l'article 1075 qui dispose :

158. - (5) Selon M. Despax, « Les partages d'ascendant : Paix des familles ou guerre des successions ?», D. 1959, chr., pp. 245 ss., l'article 1078, al. 4, institue un cas de « conversion par réduction » (cf. p. 249, 2e col.). Nous ne croyons pas que cette analyse corresponde à la réalité. La libéralité subsiste en tant que telle, séparée du partage. Il n'y a aucune mutation en un acte différent qui justifie la qualification de conversion.

159. - (1) Il arrive aussi que l'époux survivant effectue seul un partage d'ascendant comprenant à la fois ses biens et la succession du prédécédé, le tout étant resté en indivision entre lui et les héritiers de celui-ci. Le conjoint survivant, surtout s'il s'agit du père, croit souvent pouvoir ainsi disposer de toute la masse indivise. En réalité, il y a disposition de la chose d'autrui en ce qui concerne les biens faisant partie de la succession déjà ouverte. Cependant, par différents moyens, l'annulation d'un tel acte peut être évitée, soit qu'on y trouve une clause pénale (cf. *supra*, nos 51 ss., l'explication de la validation dans cette hypothèse), soit qu'on puisse qualifier l'opération de partage amiable, en ce qui concerne la succession du prédécédé. Il y aura ainsi un nouveau cas d'acte « complexe », partie donation-partage, partie partage amiable. Cf. Civ., 20 juin 1955, D. 1955, p. 737 et les références citées en note.

« Les père et mère... pourront faire, entre leurs enfants,... le partage de leurs biens... par actes entre vifs ou testamentaires... »,

apporte-t-il une exception à l'article 968 qui prohibe le testament conjonctif ? Dans une interprétation libérale du texte, qui associe expressément les « père et mère », on pourrait le croire. Mais la jurisprudence et les auteurs sont d'un avis contraire (2). Le problème de l'étendue de la nullité ne se pose donc que pour la donation-partage conjonctive.

Une telle opération comporte trois éléments : il y a deux séries de donations de la part des deux parents, mais il n'y a qu'un seul partage (3). En effet, la finalité même de la donation-partage conjonctive réside précisément dans le fait que les deux successions seront liquidées au moyen d'un partage unique. Or, il se pourra que l'un seulement de ces trois éléments soit vicié. Si c'est le partage qui est nul, il ne peut l'être que totalement : il est matériellement indivisible. Dans cette hypothèse, les donations des deux parents pourront, comme en cas de donation-partage simple, subsister en tant qu'avancements d'hoirie, conformément à l'article 1078, al. 4 (4). La difficulté est plus sérieuse si l'acte est nul en tant que donation, vis-à-vis de l'un des deux ascendants-donateurs, par exemple pour insanité d'esprit. Quant aux biens de ce donateur, le partage sera incontestablement nul. Et comme il est indivisible, l'élément-partage disparaîtra tout entier. Mais faut-il alors appliquer l'article 1078, al. 4 en ce qui concerne les donations de l'autre parent ? C'est là une des hypothèses où nous croyons que l'analyse des intentions du disposant doit prévaloir sur la règle édictée par ce texte. Chacun des deux parents aura effectué ses donations en fonction de celles de l'autre. Il serait arbitraire de maintenir le profit des libéralités à ceux que le hasard a rendu donataires de l'époux reconnu capable. Ce serait trahir avec quasi-certitude les intentions des parents : dans leur esprit les deux séries de donations étaient indivisibles. Cette indivisibilité doit, pour le moins, être présumée et l'article 1078, al. 4, qui n'est à notre avis qu'interprétatif de volonté, doit être, le cas échéant, tenu en échec.

160. — Quelquefois, l'acte instrumentaire contient, outre le partage d'ascendant proprement dit, des dispositions diverses, qui sont essen-

159. - (2) Cf. Civ., 25 février 1925, D.P., 1925.I.185, note SAVATIER. Planiol et Ripert, t. V, par TRASBOT et LOUSSOUARN, n^{os} 831 et 835 ; TRASBOT, Encycl. Dalloz, *v°* Partage d'asc., n° 412.

(3) Cf. en ce sens : note VOIRIN sous Civ., 1er juin 1965, D. 1965, p. 682, qui invoque lui-même DEMOLOMBE à l'appui de son opinion :

« ... la donation consentie par chaque ascendant demeure individuelle et... seul le partage des biens donnés confondus est cumulatif. »

(4) Cf. Civ., 3 novembre 1964, J.C.P., 1965, n° 14156, note P. LAGARDE.

tiellement de deux sortes. Il s'agit d'abord, en matière de donations-partages, de certaines réserves faites par l'ascendant-donateur pour éviter de se trouver totalement dépouillé, à la merci de ses donataires. La réserve d'usufruit de tout ou partie des biens donnés et la charge de rente viagère imposée aux donataires constituent les deux procédés les plus usités. Leur validité n'a guère soulevé de difficultés, si ce n'est lorsqu'elles étaient, en outre, assorties d'une clause de réversibilité (1).

L'étendue de la nullité a, au contraire, été évoquée en jurisprudence dans des hypothèses où l'acte contenait, outre le partage d'ascendant proprement dit, des libéralités distinctes au profit, soit de tierces personnes, soit même de certains copartageants, avantagés par rapport aux autres au moyen d'attributions par préciput et hors part. Ces dispositions survivent-elles lorsque l'acte est nul en tant que partage d'ascendant ? Inversement, le partage d'ascendant est-il affecté par la nullité de ces libéralités ? C'est le concept d'indivisibilité, critère habituel de l'étendue de la nullité des actes « complexes », qui fournit la solution à la jurisprudence. Généralement elle affirme que les libéralités préciputaires sont indépendantes du partage d'ascendant, bien qu'elles soient contenues dans le même acte. Ces libéralités subsistent donc lorsque le partage d'ascendant est nul (2). Ce n'est pourtant là qu'une simple présomption. Ainsi, dans un arrêt du 28 janvier 1958, la Cour de cassation (3) rejette un pourvoi, aux termes duquel :

> « aucune indivisibilité (n'existait) entre les dispositions relatives au partage testamentaire et celles qui concernaient l'attribution de la quotité disponible. »

Elle approuve l'arrêt de la Cour d'appel qui avait, au contraire, admis l'existence d'une telle indivisibilité. Le problème inverse de la répercussion de la nullité d'une libéralité sur le partage d'ascendant a été résolu par la Cour de cassation dans un arrêt du 26 juin 1963 (4). Par un acte qualifié donation-partage, les donateurs disposaient de leurs biens immobiliers présents et de leurs biens mobiliers à venir. L'opération fut analysée en une donation-partage immobilière valable et en une donation simple nulle de biens mobiliers à venir. La Cour suprême approuve la Cour de Bourges de n'avoir annulé que la donation mobilière :

160. - (1) Cf. *supra*, n°s 151 à 153.

(2) Req., 3 juin 1863 (motifs), D. 1863.I.429 ; T.C. Angoulême, 1er août 1870, sous Bordeaux, 4 décembre 1871, D. 1872.II.177. En ce sens, *v°* Planiol et Ripert, t. V, par Trasbot et Loussouarn, n° 850.

(3) Civ., 28 janvier 1958, Bull., 1958.I, n° 64, p. 51. Comp. Civ., 3 novembre 1964, J.C.P., 1965, n° 14156, note P. Lagarde.

(4) Bull., 1963.I, n° 347, p. 296.

« ... c'est par une analyse des stipulations de l'acte litigieux et de la volonté des donateurs que l'arrêt attaqué estime que ceux-ci n'ont pas entendu faire de l'exécution de la donation mobilière la condition du partage immobilier. »

Cette matière du partage d'ascendant fournit des exemples frappants du degré de complexité que peut atteindre le problème de l'étendue de la nullité. Il suffit d'imaginer, ce qui n'a rien d'invraisemblable, une donation-partage conjonctive, assortie d'une charge de rente viagère avec clause de réversibilité et accompagnée de libéralités préciputaires. Sans compter la charge de rente viagère, clause accessoire, cet acte est « complexe » à quatre titres différents.

§ 4. — De quelques hypothèses d'actes « complexes » à titre onéreux.

161. — Assez paradoxalement la matière des actes à titre onéreux proprement dits (1) est, par rapport aux libéralités, relativement dépourvue d'hypothèses d'actes « complexes », alors qu'en ce qui concerne les clauses accessoires ou complémentaires, c'est le phénomène inverse que nous avons pu observer. Nous voyons à cela plusieurs explications. D'une part, en ce qui concerne cette catégorie d'actes, le législateur laisse toute liberté aux parties. En matière d'actes à titre gratuit, au contraire, la méfiance bien connue du législateur de 1804 s'est manifestée plus particulièrement à l'encontre de certaines combinaisons telles que les testaments conjonctifs ou les donations mutuelles entre époux. En outre, les nombreuses incapacités, générales ou particulières, sont souvent génératrices de nullités partielles de libéralités « complexes ». De l'ensemble de ces circonstances il résulte que, dans la mesure où, en pratique, des actes à titre onéreux « complexes » prennent naissance, un problème d'étendue de la nullité ne se posera que rarement. Mais, d'autre part et surtout, l'arsenal des actes à titre onéreux est extrêmement bien fourni : les divers contrats que les parties peuvent utiliser comme instruments de leur commerce sont nombreux. Et rien ne les empêche d'en forger de nouveaux au gré de leurs besoins. La nécessité de recourir à des combinaisons de contrats existants apparaît donc beaucoup moins impérieuse. Il n'y a, à l'opposé, que deux formes d'actes à titre gratuit : la donation et le

161. - (1) Il a déjà été question, dans les paragraphes précédents, d'actes « complexes » comprenant un élément de nature onéreuse. Mais il s'agissait généralement de combinaisons dans lesquelles l'élément litigieux, sinon l'opération principale, était une libéralité. Si le contrat de mariage ou le partage successoral sont des actes à titre onéreux, ils occupent, pour le moins, une place marginale. Il ne sera au contraire question, dans ce paragraphe, que d'actes « complexes » exclusivement onéreux.

testament. A partir de ces deux types élémentaires, les disposants n'ont pu faire autrement que de recourir à des combinaisons multiples pour parvenir à réaliser la diversité de leurs intentions.

L'étude de la jurisprudence révèle, cependant, un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles, un élément d'un acte à titre onéreux « complexe » se trouvant vicié, le problème de l'étendue de la nullité s'est posé. Nous nous limiterons à l'examen de quelques cas qui se caractérisent par une certaine répétition ou dont on peut raisonnablement penser, du moins, qu'ils sont susceptibles d'apparaître assez fréquemment. Nous évoquerons simplement, en guise de conclusion, quelques espèces jurisprudentielles inédites, qui illustreront la diversité infinie des combinaisons possibles et prouveront, si besoin en était encore, l'importance d'un critère général de l'étendue de la nullité.

1) Assurance et contrat de défense en justice.

162. — Les polices d'assurance contiennent toujours un nombre important de clauses diverses. Dans la mesure où celles-ci n'ont pour objet que la garantie contre un risque moyennant paiement d'une prime, avec tous ses accessoires, il ne s'agit, selon notre critère, que d'un contrat « simple » (1). Mais il arrive précisément que plusieurs opérations soient incluses dans une même police (2).

Ainsi, à un contrat d'assurance de dommages ou de responsabilité, en particulier en matière automobile, est souvent annexé (3) un contrat de défense en justice,

> « par lequel l'assureur s'engage, à l'occasion d'un litige,... à faire valoir les droits de son assuré, à avancer à cet effet le montant des frais nécessaires, et, en cas d'insuccès, à en supporter la charge ainsi que celle des dépens dus à l'adversaire ; le tout moyennant le paiement d'une prime... » (4).

Une controverse s'est élevée en doctrine et en jurisprudence sur le point de savoir s'il s'agit là d'un contrat d'assurance ou non. Mais quelle que soit la solution, l'ensemble constitue indiscutablement un contrat « complexe ». Cela est évident s'il ne s'agit pas d'une véritable assurance ; mais même s'il en est autrement, ce ne l'est pas moins, car l'objet de cette assurance, ainsi que la prime payée, sont distincts de l'objet et de la prime afférents à l'assurance principale.

162. - (1) Cf. à ce point de vue, *supra*, n°s 95 ss.
(2) Cf. Soc., 14 février 1968, Bull., 1968.V, n° 100, p. 83 : police unique couvrant plusieurs risques.
(3) La seule hypothèse qui nous intéresse ici c'est celle dans laquelle une seule police contient les deux contrats. Pour le cas où il y a des polices distinctes, cf. *infra*, § suivant, n° 171 *in fine*.
(4) Cf. Pamier, Un nouvel aspect de l'assurance des frais de procès : l'assurance litige, thèse Paris, 1943.

Or, il arrive fréquemment que des contrats de défense en justice soient annulés, notamment pour absence de risque réel, la société se réservant le droit discrétionnaire de refuser de diriger les procès des clients, ou parce que cette dernière clause constitue une condition potestative (5), ou encore parce qu'un pacte *de quota litis* était joint au contrat de défense, dont il entraîne la nullité (6). Cette nullité se répercutera-t-elle ou non sur le contrat d'assurance principal ? On peut raisonnablement penser que le but premier de cette convention « complexe » a été l'assurance de dommages ou de responsabilité, le contrat de défense n'en étant qu'un accessoire. En principe, donc, la nullité n'affectera pas l'acte tout entier. Mais il n'est pas impossible que les deux opérations soient objectivement indivisibles (7). Et l'indivisibilité dans l'intention des parties, quelque improbable qu'elle puisse être, ne doit pas être écartée *a priori*. La solution serait d'ailleurs différente si l'hypothèse inverse se présentait, c'est-à-dire si l'assurance principale était nulle et le contrat de défense valable. On pourrait, cette fois, admettre la présomption selon laquelle les parties n'auraient pas conclu celui-ci sans celle-là. Mais rien n'empêcherait de prouver le contraire, du moment que le contrat de défense garde son utilité objective même en l'absence d'assurance. A notre connaissance, la jurisprudence n'a pas eu à se prononcer sur ce lien existant éventuellement entre un contrat d'assurance et un contrat de défense en justice.

163. — Mais, outre ces difficultés concernant l'interdépendance entre le contrat d'assurance principal et le contrat de défense en justice, ce dernier suscite parfois un autre problème d'étendue de la nullité, car il constitue souvent lui-même un acte « complexe ». Il est, en effet, fréquemment combiné avec un abonnement de consultations juridiques et autres prestations du même genre. Ces dernières stipulations ne participent en aucun cas de la nature de l'assurance. Elles sont en principe toujours licites, alors que le contrat de défense est, au contraire, souvent nul. Vont-elles, dans ce cas, subsister ? Il semble

162. - (5) Cf. notamment Lyon, 26 octobre 1950, S. 1951.II.157, D. 1951, p. 102, G.P., 1950.II.407 ; T. Com. Seine, 21 novembre 1951, G.P., 1951.II.421, J.C.P., 1952, n° 6808, obs. Besson, D. 1952, p. 103 ; T. Com. Seine, 6 mai 1952, G.P., 1952.II.172.

(6) Cf. Amiens, 4 mars 1953, G.P., 1953.I.202, Rev. Gén. Ass. Terr., 1953, p. 167, note A. B. ; Civ., 31 janvier 1956, J.C.P., 1956, n° 9298, obs. A. B. (3e esp.), D. 1956, p. 589, note Hébraud (3e esp.).

(7) Il suffit d'imaginer qu'une seule prime soit stipulée pour l'assurance principale et pour le contrat de défense et que rien ne permette d'effectuer une ventilation. Comp. Soc., 14 février 1968, Bull. 1968.V, n° 100, p. 83 : police unique couvrant plusieurs risques, moyennant une prime globale non ventilée. Le contrat a été reconnu indivisible. Mais il s'agissait d'un problème de résiliation, non de nullité.

que dans la pratique les primes soient généralement ventilées (1), ce qui lève l'obstacle de l'indivisibilité objective. L'étendue de la nullité est alors déterminée en fonction de l'intention des parties. La jurisprudence est, sur ce point, assez abondante. Par deux arrêts du 31 janvier 1956 (2), la Cour de cassation décide, en des termes identiques :

> « que par une interprétation souveraine des contrats litigieux et de la commune intention des parties, les juges du second degré ont considéré que les autres clauses, relatives à des prestations de services, n'étaient « que l'accessoire de la convention principale de défense aux procès, qui est le but du contrat », que c'est donc à bon droit qu'ils les ont déclarées « atteintes par la nullité générale de la convention ».

Si on se reporte aux deux arrêts que la Cour suprême approuve ainsi (3), on constate que la Cour de Paris se contente de déduire la nullité totale du caractère accessoire des clauses concernant les abonnements de consultations, sans autre justification de fait. S'il est permis de penser que cette solution est le plus souvent justifiée, il serait cependant abusif de l'ériger en principe général. En cela, les deux arrêts de la Cour de Paris sont critiquables pour insuffisance de motifs (4). Contrairement à l'hypothèse précédente, concernant l'interdépendance entre le contrat d'assurance principal et le contrat de défense en justice, il serait hasardeux de vouloir poser des présomptions, s'agissant de l'étendue de la nullité du contrat de défense lui-même, en tant qu'acte « complexe » (5).

A propos des décisions qui ont effectivement abordé le problème de l'étendue de la nullité d'un contrat de défense en justice, une particularité mérite d'être relevée. Nous avons observé qu'en matière

163. - (1) V° cependant Soc., 14 février 1968, Bull., 1968.V, n° 100, p. 83.

(2) D. 1956, p. 589, note HÉBRAUD (1re et 2e esp.), J.C.P., 1956, n° 9298, note A. B. (*id.*). V° également dans le sens de la nullité totale : Lyon. 26 octobre 1950, D. 1951, p. 101, G.P., 1950.II.407 ; T. Com. Seine, 21 novembre 1951, J.C.P., 1952, n° 6808, obs. BESSON, D. 1952, p. 103, G.P., 1951.II.421 ; Amiens 4 mars 1953, G.P., 1953.I.202, Rev. Gén. Ass. Terr., 1953, p. 167, avec les conclusions de l'avocat général GRANIER, qui estime :

> « que les deux contrats sont intimement mêlés. C'est, dit-il, une médaille dont vous écrasez l'envers en martelant le revers. Procès et renseignements juridiques sont deux aspects d'un même problème ».

(3) Paris, 10 juin 1953 (2 arrêts), D. 1953, p. 462, J.C.P., 1953, n° 7686, note BESSON.

(4) En ce sens : BESSON, note précitée.

(5) En ce sens : BESSON, note précitée et note au J.C.P., 1952, n° 6808. Pour une espèce dans laquelle la divisibilité entre les deux sortes d'éléments du contrat a été parfaitement mise en évidence, cf. T. Com. St-Nazaire, 2 septembre 1953, Rev. Gén. Ass. Terr. 1954, p. 182. Mais cette divisibilité a été affirmée, en l'espèce, pour une question de compétence et non pour déterminer l'étendue de la nullité. Cependant, en cas de nullité, la solution aurait sans aucun doute été la même.

d'actes « complexes », c'est en général la notion d'indivisibilité qui a servi de critère de l'étendue de la nullité à la jurisprudence. Ici, le plus souvent, elle n'a pas fait appel à ce concept, pas plus d'ailleurs qu'à ceux de cause ou de condition impulsive et déterminante, auxquels elle a parfois recours, même en matière d'actes « complexes ». Les tribunaux se contentent de constater que la partie nulle de l'acte en était « l'accessoire » ou, au contraire, le « principal ». S'agit-il d'un changement de méthode, d'un recours à des critères objectifs ? Les apparences sont en ce sens. Il y a cependant tout lieu de croire que les caractères « accessoire » et « principal » sont pris ici dans un sens subjectif. En réalité, il ne s'agit que d'une manière nouvelle d'exprimer une règle désormais constante : l'étendue de la nullité est en principe déterminée par une analyse de l'intention des parties.

2) Bail et promesse de vente.

164. — Le bail forme, avec la promesse de vente, une combinaison assez fréquente en pratique. Dans un arrêt du 16 juillet 1951, la Chambre civile (1) pose en principe général :

> « qu'un bail et une promesse de vente sont des conventions essentiellement distinctes par leur nature et que leur indivisibilité ne saurait résulter que de la volonté des parties... »

En l'espèce, le litige portait sur l'étendue non de la nullité, mais de la prorogation (2). Le problème de l'indivisibilité entre les deux opérations a également été soulevé en jurisprudence à propos de l'admissibilité de la rescision pour lésion (3) et de l'effet de la cession du bail (4). Mais la solution de principe en ce qui concerne la divisibilité peut intégralement être transposée en matière de nullité. La jurisprudence est, sur ce point, assez rare. La Cour de Paris, dans un arrêt du 11 juillet 1946, avait admis que la promesse de prorogation d'un bail subsistait malgré la nullité, comme pacte sur succession future, de la promesse de vente, au motif :

164. - (1) Bull., 1951.I, n° 223, p. 173.

(2) Ce problème de l'étendue de la prorogation a donné lieu à une abondante jurisprudence. V°, dans le même sens que l'arrêt précité : Civ., 8 avril 1924, D.P., 1924.I.118 ; Paris, 6 janvier 1925, D.P., 1925.II.71 ; Civ., 18 mai 1925, D.H., 1925, p. 448 ; Civ., 18 mars 1927, D.H., 1927, p. 242. *Contra*, en faveur de l'indivisibilité : T.C. Nice, 27 février 1922 et Paris, 30 mars 1922, D.P., 1922.II.89, note Lalou ; Paris, 11 mars 1925, D.P., 1925.II.71.

(3) Assez curieusement, certaines décisions ont conclu de l'indivisibilité de l'ensemble de la convention au rejet de l'action en rescision pour lésion : Paris, 25 avril 1928, D.P., 1928.II.113, note critique Lalou ; Paris, 12 novembre 1931, D.H., 1932, p. 75 ; *v°* dans le même sens la note Japiot au S. 1921.II.73. Mais la jurisprudence dominante est en sens contraire : cf. notamment Req., 12 janvier 1927, S. 1927.I.256 ; Civ., 29 janvier 1930, D.P., 1932.I.57 et la note Radouant.

(4) Cf. Req., 1er juillet 1926, S. 1926.I.308.

« que les deux promesses ne portaient pas exactement sur les mêmes biens, et que la circonstance qu'ils sont inclus les uns dans les autres n'entraîne nullement l'impossibilité d'exécuter l'une des obligations sans l'autre, ni, par conséquent, leur indivisibilité ».

Mais son arrêt fut cassé, la Cour suprême estimant que la promesse de prorogation de bail devait également être qualifiée de pacte sur succession future (5). Par un arrêt du 13 avril 1961, la Cour d'Aix (6) annule une promesse de vente contenue dans un bail pour défaut de toute disposition concernant le prix. Le problème de l'étendue de la nullité n'y est cependant pas posé.

Il est pourtant une autre circonstance encore dans laquelle ce problème est susceptible de surgir. Les promesses de vente donnent fréquemment lieu à rescision pour lésion, du fait que c'est la valeur de l'immeuble au moment de la levée de l'option qui est comparée au prix stipulé lors de la promesse pour apprécier s'il y a lésion. Si l'acquéreur n'offre pas le supplément de prix, la vente et, partant, la promesse de vente, sont annulées. Le bail subsiste-t-il alors ? Il n'est pas impossible que l'une des deux parties n'ait conclu le bail que parce qu'une promesse de vente y était jointe. Il faudrait, dans ce cas, admettre que la nullité s'étende au bail. Mais il ne semble pas que les tribunaux aient eu à statuer sur l'indivisibilité des deux opérations dans cette hypothèse (7).

3) Le contrat de bière.

165. — Le contrat de bière, enfin, constitue généralement un acte « complexe ». On appelle ainsi la convention conclue entre les brasseurs et les débitants. Si l'élément central de ce contrat réside dans la fourniture de bière, il est pratiquement toujours assorti d'autres dispositions : prêt d'argent en vue de l'équipement du débit, fourniture de matériel d'exploitation, etc... (1). L'engagement pris par le débitant de se fournir en bière exclusivement chez le brasseur —

164. - (5) Civ., 22 novembre 1949, J.C.P., 1950, n° 5322, note Becqué, qui critique cette solution de la Cour de cassation.
(6) G.P., 1961.I.407.
(7) Comp., pour la combinaison d'un bail et d'une vente, Civ., 28 décembre 1956, Bull., 1956.I, n° 477, p. 384. Le bail n'ayant pas été exécuté, la vente est résolue par le juge parce que le bail en « constituait une condition déterminante ». La solution aurait certainement été la même si le bail avait été nul. V° également, pour la combinaison d'un bail et d'une promesse d'enchère, Civ., 26 avril 1968, Bull., 1968.III, n° 173, p. 136. La promesse d'enchère n'ayant pas été exécutée et constituant « la cause impulsive et déterminante » du contrat, la Cour déclare que le bail « manquait de fondement et devait être annulé ». Il y a confusion flagrante entre nullité et résolution pour inexécution. Cf. sur ce point *infra*, note 2 n° 183.

165. - (1) Cf. Picard, Les contrats de fourniture entre brasseurs et débitants, J.C.P., 1937, chr. n° 24.

cocontractant est en général la contrepartie des avantages consentis par ce dernier : prêt gratuit ou à un taux réduit. Si un problème d'étendue de la nullité s'est posé, c'est surtout à propos de la clause d'exclusivité, clause accessoire du contrat de fourniture (2). Si le même problème se posait au sujet de l'une des stipulations qui font de ce contrat un acte « complexe » — le prêt, le contrat de fourniture lui-même —, il faudrait sans doute admettre que ces opérations sont indivisibles entre elles dans l'intention des parties. On peut même dire qu'elles sont plus qu'indivisibles : elles sont réellement la cause les unes des autres. En se sens, le contrat de bière se trouve, en quelque sorte, à la limite entre la catégorie des contrats « complexes » et celle des contrats « simples » innomés.

4) Hypothèses diverses.

166. — Les trois hypothèses précédentes, dont aucune n'est comparable aux catégories très abondantes de libéralités « complexes », suggèrent suffisamment que le champ d'application des actes « complexes » est assez restreint en matière de contrats à titre onéreux. Outre ces exemples, la jurisprudence recèle essentiellement des espèces extrêmement diverses, dues au hasard des circonstances.

C'est ainsi que la chambre des requêtes eut à statuer, le 19 janvier 1925 (1), au sujet d'une convention comportant, d'une part, l'engagement pris par une société d'effectuer un branchement électrique et, d'autre part, une police d'abonnement. En ce qui concerne le branchement, le contrat fut annulé pour erreur, mais l'abonnement, convention indépendante, fut maintenu.

Un arrêt de la section sociale de la Cour suprême du 5 mars 1959 (2) vise une convention portant substitution d'une location en nu à une location en meublé et vente des meubles avec paiement d'un pas de porte forfaitaire. La seconde partie de l'accord, concernant la vente et le paiement du pas de porte, était nulle comme équivalant à une majoration illicite de loyer. L'arrêt admet que cette nullité doit entraîner celle de la convention tout entière, la substitution d'une forme de location à une autre étant, en l'espèce, « la conséquence directe de la vente des meubles », sans laquelle elle ne se comprendrait pas. En outre, la Cour de cassation précise que c'est aux juges du fond qu'il appartient d'apprécier souverainement le caractère divisible ou indivisible des conventions.

Le 13 novembre 1963, c'est la section commerciale et financière (3) qui était saisie d'une affaire concernant la vente d'un camion avec

165. - (2) Cf. *supra*, n°° 92-93.
166. - (1) D.H., 1925, p. 77.
(2) Bull., 1959.IV, n° 333, p. 274.
(3) Bull., 1963.III, n° 474, p. 396.

sous-location d'une carte de transport. Une telle sous-location était prohibée par la réglementation des transports. Pour résoudre le problème qui nous intéresse, la Cour d'Orléans avait eu recours à l'article 1172. Mais une erreur de droit s'était glissée dans son raisonnement. Après avoir relevé le caractère essentiel de la « clause » de sous-location, « inséparable des autres dispositions de l'accord », elle prononçait, par voie de conséquence, la « résiliation » de l'ensemble de la convention. Son arrêt fut censuré par la Cour suprême : c'est évidemment la nullité et non la résiliation de la convention qu'il fallait prononcer.

La première section civile, enfin, fut saisie d'un litige concernant un contrat « complexe », le 9 mars 1964 (4). Le conflit portait sur une question d'inexécution et non de nullité. L'espèce est cependant intéressante à notre point de vue, d'une part parce que la solution de l'étendue de l'inefficacité de la convention a été, à juste raison, trouvée grâce au critère de l'indivisibilité subjective comme s'il s'était agi de nullité, d'autre part parce que le contrat « complexe » en question est assez fréquent en pratique. Même si les tribunaux n'ont que très rarement à en connaître, il n'est pas inutile d'en examiner les données. Le contrat portait sur la vente d'une voiture neuve et la reprise de deux voitures usagées. Le garagiste refusait de reprendre les voitures au prix convenu. Le particulier prétendait alors rompre le contrat en ce qui concernait la voiture neuve. Il obtient gain de cause, la Cour de cassation reconnaissant que les deux conventions constituaient un tout indivisible. Nul doute que la solution aurait été la même si l'une des conventions avait été nulle.

On relèvera, une fois de plus, la diversité des argumentations contenues dans ces espèces. Tantôt c'est la notion d'indivisibilité qui sert de critère ; tantôt il est fait appel à l'article 1172 ; tantôt la solution est justifiée par un raisonnement empirique qui ne fait appel à aucune règle juridique précise (5).

166. - (4) Bull., 1964.I, n° 134, p. 99. V°, pour une autre hypothèse, où le litige portait sur l'indivisibilité d'un bail de deux îles, Com., 30 avril 1958, Bull., 1958.III, n° 177, p. 145. La décision attaquée est cassée parce qu'elle prononce la résiliation en ce qui concerne l'une de ces îles, « alors que le bail formait un contrat unique et indivisible... ».

(5) Sur ce dernier point, comp. Com., 22 février 1967, Bull., 1967.III, n° 87, p. 83 : les juges du fond apprécient souverainement si la clause nulle d'une convention présente un caractère essentiel, déclare la Cour suprême. Nulle part l'article 1172, ni aucun autre texte, n'est invoqué.

§ 5. — Les actes matériellement distincts mais subjectivement indivisibles.

167. — Il ne s'agit plus, cette fois, d'opérations contenues dans un même acte juridique « complexe », mais, bien au contraire, d'actes instrumentaires distincts. Un problème spécifique d'étendue de la nullité se pose parfois : la nullité d'un acte instrumentaire donné peut-elle s'étendre à un autre acte instrumentaire, en raison d'un lien de connexité ou d'indivisibilité ?

De prime abord, cette hypothèse n'entre pas dans notre sujet. Elle présente, cependant, de grandes analogies avec les cas que nous avons étudiés. En particulier, le critère qui permet de décider si la nullité d'un acte entraîne celle d'un autre acte est le même que celui qu'utilise généralement la jurisprudence pour déterminer l'étendue de la nullité des actes « complexes ». En outre, ce sont parfois les mêmes opérations qui sont contenues tantôt dans un même acte, tantôt dans des actes distincts. Certes, cette différence purement formelle est quelquefois déterminante pour la validité des actes en question (1). Mais généralement il n'y a pas lieu de s'y arrêter. Pour toutes ces raisons, il n'est pas sans intérêt d'examiner rapidement ce problème.

Il importe, d'ailleurs, de distinguer cette hypothèse de deux autres situations, assez voisines. D'une part, lorsqu'un contrat est, par nature même, l'accessoire d'un autre, la nullité du contrat principal entraîne l'anéantissement de celui qui est accessoire. L'exemple le plus simple, c'est celui des sûretés conventionnelles. Il ne s'agit en réalité que d'une simple application de la maxime : « *Accessorium sequitur principale* ». D'autre part, lorsqu'un acte juridique donné est nul, tous les actes, qui ont été accomplis en exécution de ce premier maillon de la chaîne, subissent le même sort : tout s'écroule comme un château de cartes (2). La rétroactivité de la nullité produit également un tel effet, lorsque des opérations juridiques relatives au bien, objet du contrat nul, ont été accomplies depuis sa passation. Dans tous ces cas, l'extension de la nullité intervient nécessairement,

167. - (1) Testaments conjonctifs et, avant 1963, donations mutuelles entre époux.

(2) C'est en matière de société qu'on trouvait, autrefois, les exemples les plus saisissants de ce phénomène. Cf. J. BOULANGER, Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques, R.T.D.Civ., 1950, pp. 1 ss., en particulier n° 6, pp. 7 ss. La nullité d'une opération de constitution entraînait celle de la société et de tous les actes accomplis par elle. La nullité d'une délibération faisait tomber toutes les opérations d'exécution de celle-ci. Cf. Req., 17 janvier 1905, D. 1906.I.169, note THALER. Mais différents remèdes, dont essentiellement la possibilité de réparer les vices, sont venus mettre fin à ces nullités en cascade.

automatiquement. Ces actes, annulés par répercussion, ne sont pas autonomes par rapport à celui qui a été annulé en premier (3).

Les cas qui nous intéressent principalement concernent des actes qui sont objectivement divisibles et susceptibles d'une vie autonome. Cependant, à côté de cette catégorie d'actes, il y a lieu d'examiner également une autre série d'hypothèses dans lesquelles la dualité n'est, selon les cas, qu'un accident ou un subterfuge destiné à tourner la loi. La jurisprudence nous en offre deux exemples particulièrement probants : la substitution prohibée par un acte séparé et la contre-lettre.

1) La substitution prohibée par acte séparé.

168. — Cette première hypothèse n'appelle que peu d'explications. Il s'agit surtout du cas d'un testateur qui, par un second testament, complète le premier en imposant au légataire une charge de substitution. Bien que le premier testament ne soit pas révoqué, il sera affecté par la nullité du second. Cette solution ne résulte d'ailleurs pas du concept d'indivisibilité subjective. Elle n'est qu'un prolongement logique de la règle de l'article 896 (1), selon laquelle la charge de substitution entraîne toujours la nullité de la libéralité grevée. La jurisprudence ne pouvait pas faire échec à cette règle pour le cas où, par suite de circonstances purement fortuites, cette charge se trouvait contenue dans un acte distinct (2).

2) La contre-lettre.

169. — Le problème de la contre-lettre est beaucoup plus délicat. Le lien existant, dans l'intention des parties, entre la contre-lettre et l'acte occulte n'est pas à démontrer. Alors que l'acte « complexe » se caractérise par le fait que plusieurs opérations juridiques sont contenues dans un même acte instrumentaire, il y a cette fois deux actes instrumentaires pour une seule opération juridique.

> « Dans la pensée des intéressés, écrit M. Perrot (1), l'acte ostensible et la contre-lettre forment un ensemble indivisible dont la réalisation, sinon matérielle, du moins intellectuelle, a été simultanée. »

Logiquement, il faudrait en conclure que si l'un de ces actes est nul, la nullité s'étendra inévitablement à l'autre. En pratique, le problème de l'étendue de la nullité s'est posé uniquement en cas d'annu-

167. - (3) Cette réaction en chaîne ne se produit que dans un sens. Si un acte d'exécution est annulé, les autres actes subsistent. Cf. Civ., 21 novembre 1967, D. 1968, p. 317, note Lambert-Faivre.

168. - (1) Cf. *supra*, n° 50.

(2) Civ., 21 juin 1841, S. 1841.I.603 ; Req., 2 mars 1858, D. 1858.I.308 ; Req., 2 février 1892, D. 1892.I.506, S. 1892.I.341.

169. - (1) J. Cl. Civ., art. 1321, n° 4 *in fine*.

lation de l'acte occulte, et cela essentiellement en vertu de l'article 1793 du Code général des impôts qui stipule :

> « Est nulle et de nul effet toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix stipulé dans le traité de cession d'un office ministériel et de toute convention ayant pour but de dissimuler partie du prix d'une vente d'immeuble ou d'une cession de fonds de commerce ou de clientèle ou d'une cession d'un droit à un bail ou du bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble, ou tout ou partie de la soulte d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou une clientèle. »

Faut-il maintenir l'acte apparent dont les dispositions se suffisent à elles-mêmes, en avantageant ainsi l'acquéreur, ou, au contraire, annuler l'ensemble de l'opération, ce qui est préférable pour le vendeur ? En matière de cession d'office ministériel, la jurisprudence n'a pas hésité, du moins lorsque l'action en nullité était intentée après la nomination gouvernementale du cessionnaire. Elle n'a jamais admis que cette nomination puisse être remise en cause (2). Pour les autres cas — opérations immobilières, ventes de fonds de commerce, cessions de bail,... — la jurisprudence est divisée. Certaines décisions appliquent purement et simplement les règles habituelles gouvernant l'étendue de la nullité et annulent, le cas échéant, l'ensemble des deux actes occulte et apparent :

> « Attendu, dit un arrêt de la Cour suprême du 28 juin 1956 (3), que la Cour d'appel ayant ainsi, par une appréciation souveraine de l'intention..., décidé que la convention secrète, qui assurait l'égalité des lots entre les donataires, faisait partie intégrante de la cause impulsive et déterminante de la donation-partage. »

Si l'on admet ce raisonnement, il est évident que la nullité de la contre-lettre s'étendra quasiment toujours à l'acte apparent (4). Bien

169. - (2) Cf. par exemple : Civ., 10 juillet 1929, D.H., 1929, p. 442. V°, *a contrario*, un arrêt de la Cour de Bordeaux du 18 novembre 1940, D.H., 1940, p. 217, qui admet que « la nullité d'ordre public (des contre-lettres) s'étend au traité ostensible... ». Mais en l'espèce la nomination n'était précisément pas intervenue.

(3) Civ., 28 juin 1956, D. 1957, p. 229, note VOIRIN, J.C.P., 1956, n° 9639, note PONSARD. V° dans le même sens : Req., 19 avril 1937, D.H., 1937, p. 284, G.P., 1937.II.93 ; Paris, 4 mai 1955, D. 1956, p. 19, note MALAURIE. Comp. Rouen, 14 octobre 1966, D. 1967, p. 134.

(4) A moins que la contre-lettre ne contienne effectivement des stipulations accessoires : modalités du paiement du prix, garanties, etc. Ces conventions occultes ne sont nulles qu'en matière de cession d'office ministériel, en vertu du principe impératif du contrôle par la Chancellerie de ces cessions (et non plus en vertu de l'article 1793 du Code général des impôts, qui ne vise que les augmentations de prix). Cf. PERROT, J. Cl. Civ., art. 1321, n°s 38 ss., qui donne de nombreux exemples. Dans ce cas l'acte apparent n'est pas une fiction. Il est simplement complété par la contre-lettre. Dans la mesure où il convient de se référer à l'intention des parties, il se pourra alors qu'une telle contre-

au contraire, la jurisprudence dominante maintient celui-ci (5), au moyen d'une affirmation de principe que l'on retrouve dans de nombreux arrêts :

> « Attendu que la nullité ainsi édictée à l'encontre de la seule convention secrète laisse subsister la convention ostensible et les obligations qui en découlent. »

170. — Deux impératifs s'affrontent une fois de plus : le principe de l'autonomie de la volonté et celui de l'efficacité de la sanction. En vertu du premier, c'est pratiquement toujours la nullité totale qu'il y aurait lieu de prononcer : on peut présumer, en effet, que le vendeur n'aurait pas contracté au prix stipulé dans l'acte apparent. Une présomption semblable peut être relevée dans toutes les hypothèses visées à l'article 1793 du Code général des impôts. L'efficacité de la sanction, en revanche, exige le maintien de cet acte apparent. Car si le vendeur ou le cédant sait que, le cas échéant, le contrat tout entier sera annulé, il ne court aucun risque en essayant de frauder le fisc. Au pire, le *statu quo ante* sera rétabli. Au contraire, si l'acte apparent est maintenu, il ne touchera qu'une partie du prix convenu, le reste constituant pour l'acquéreur une espèce de prime à la délation (1). Si un texte aussi impératif que l'article 1793 du Code général des impôts existe, la jurisprudence doit l'appliquer avec efficacité. Lorsque l'ordre public exige une solution, le respect des intentions

lettre soit considérée comme non déterminante pour elles. Cf. par exemple : Limoges, 26 janvier 1948, D. 1948, p. 173. Mais ce raisonnement est contestable dans son principe, car si on l'admet lorsque la contre-lettre n'était pas déterminante, il faudra aussi l'admettre dans l'hypothèse inverse. Or, cela reviendrait à remettre éventuellement en cause la nomination par la Chancellerie, ce que la jurisprudence semble ne jamais avoir admis.

169. - (5) Cf. Civ., 25 mars 1931, S. 1931.I.267, D.P., 1931.I.62, note WAGNER ; Req., 18 juillet 1934, G.P., 1934.II.355, D.H., 1934, p. 476 ; Civ., 4 juillet 1955, Bull., 1955.I, n° 277, p. 233, D. 1956, p. 19, note MALAURIE ; Alger, 6 décembre 1955, J.C.P., 1956, n° 9113, note DERRIDA ; Civ., 1er février 1960, Bull., 1960.I., n° 68, p. 55 ; Civ., 18 janvier 1961, Bull., 1961.I, n° 49, p. 40 ; Civ., 13 février 1961, Bull. 1961.I, n° 98, p. 80 ; Civ., 20 décembre 1961, Bull., 1961.I, n° 621, p. 493 ; Com., 3 mars 1964 (motifs), Bull., 1964.III, n° 118, p. 102.

170. - (1) La logique de ce système voudrait alors qu'on refuse toute autre action au vendeur lui permettant d'atteindre le même résultat, à savoir l'anéantissement total du contrat. Or, la jurisprudence ne se reconnaît pas le droit de lui refuser, par exemple, l'action en nullité pour défaut de prix sérieux ou en rescision pour lésion (Req., 10 décembre 1930, D.H., 1931, p. 17, S. 1931.I.103 ; Civ., 1er février 1960, Bull. 1960.I., n° 68, p. 55. *Contra :* Civ., 3 juillet 1951, S. 1952.I.78, Bull., 1951.I, n° 205, p. 160, R.T.D.Civ., 1952, p. 236, obs. CARBONNIER).

des parties passe au second plan. De toute évidence, il en est ainsi dans cette hypothèse (2) (3).

Il y a lieu, pourtant, de se demander si un autre obstacle ne s'oppose pas à ce maintien de l'acte apparent. En effet, le lien entre l'acte occulte et la convention ostensible n'est pas un simple lien d'indivisibilité (4). La contre-lettre constitue, en réalité, le seul contrat véritable, du moins en ce qui concerne la détermination du prix ; l'acte apparent n'est pas, dans cette mesure, un contrat « sérieux ». Il n'y a pas eu accord de volonté en ce qui concerne ses énonciations, sinon pour décider qu'elles sont fictives. Une fois que la véritable convention des parties, la contre-lettre, est annulée, la convention ostensible fictive n'a plus aucun sens. Or, il est de principe, en droit français, que la volonté réelle l'emporte sur la volonté déclarée. Si la volonté réelle est claire et certaine, la volonté déclarée contraire n'a aucune valeur. Le juge peut-il donner plein effet, même lorsque l'ordre public semble exiger une telle solution, à un acte ou à une disposition d'un acte que les parties n'ont pas réellement voulu ? Un texte exprès édictant cette solution à titre de sanction ne serait-il pas nécessaire pour qu'elle puisse être admise ? Certes, on peut répondre qu'il n'y a guère de différence entre le maintien de ce que les parties n'ont pas réellement voulu et le maintien de ce qu'elles n'ont voulu qu'à certaines conditions. Mais n'y a-t-il pas, cependant, une nuance déterminante entre une volonté réelle assortie d'une condition nulle et l'absence de volonté ?

Quoiqu'il en soit, la solution de la jurisprudence dominante semble nécessaire en pratique. Mais il serait souhaitable qu'un nouvel alinéa, ajouté à l'article 1793 du Code général des impôts, précise que l'acte

170. - (2) Ce n'est pas là le seul exemple où les magistrats ne tirent pas toutes les conséquences d'un texte de droit fiscal. Cf. l'admission de l'action en rescision pour lésion contre l'Etat ayant exercé son droit de préemption. On a expliqué ces anomalies par une absence de synchronisation entre le droit civil et le droit fiscal. Ce n'est là rien moins qu'une explication. Qu'il soit civil, pénal, commercial, monétaire ou fiscal, le juge doit faire respecter le droit. Il s'agit d'un problème général très grave : le juge français se contente encore trop souvent d'appliquer des recettes, au lieu de rechercher la finalité des règles et le but visé par le législateur. Comp. *supra*, n°s 81 ss. et 98 ss.

(3) Sur l'ensemble de ce problème des contre-lettres nulles en vertu de l'article 1793 du Code général des impôts, cf. PERROT, J. Cl. Civ., art. 1321, n°s 20 ss. ; notes VOIRIN au D. 1957, p. 229 et PONSARD au J.C.P., 1956, n° 9639, sous l'arrêt de la Chambre civ. du 28 juin 1956 ; note MALAURIE, D. 1956, p. 20 ; DAGOT, La simulation en droit privé, 1967, pp. 191 ss.

(4) En cela, l'analyse précitée de M. PERROT (*supra*, n° 169) ne nous paraît pas satisfaisante. Les deux actes ne forment pas un ensemble indivisible. Ils sont, bien au contraire, exclusifs l'un de l'autre, le contrat occulte réel excluant le contrat apparent fictif.

apparent doit être maintenu à titre de sanction de la tentative de fraude.

3) Actes réellement autonomes du point de vue objectif.

171. — Dans les deux hypothèses examinées précédemment, si l'on était bien en présence de deux actes instrumentaires, l'opération juridique envisagée par leurs auteurs était en réalité unique. Il s'agit au contraire de savoir maintenant si deux opérations juridiques distinctes et autonomes, qui auraient pu exister indépendamment l'une de l'autre — ce qui n'était précisément pas le cas, ni pour la charge de substitution par acte séparé, ni pour la contre-lettre —, peuvent, le cas échéant, être considérées comme indissolublement liées de par la volonté des parties. *A priori*, rien ne s'y oppose. Que les deux opérations soient contenues dans un même acte ou, au contraire, dans deux actes distincts ne conduit pas nécessairement à des solutions différentes. Il n'y a là qu'une contingence purement formelle. Le fait qu'il y ait deux actes permet simplement de poser une présomption d'indépendance, de même que la rédaction d'un seul acte constitue un indice en sens contraire. Il sera, par conséquent, plus difficile d'apporter la preuve de l'indivisibilité dans le premier cas.

De fait, la jurisprudence n'a pas eu souvent à se prononcer sur des hypothèses de ce genre. A titre d'exemple, on peut citer un arrêt de la Cour de cassation du 23 avril 1958 (1). Des accords avaient été passés en 1941 entre deux sociétés française et allemande. Ils prévoyaient, entre autres stipulations, que des contrats, qualifiés « contrats complémentaires de licence d'utilisation », seraient conclus entre la société française en question et d'autres entreprises françaises. La nullité du premier contrat (2) allait-elle entraîner celle des seconds, alors que ceux-ci n'étaient atteints d'aucun vice intrinsèque ? C'est ce qu'admet la Cour de Paris le 15 mars 1954. Et la Cour suprême rejette le pourvoi dirigé contre son arrêt, au motif :

> « qu'après avoir relevé cette nullité, la Cour d'appel, loin d'admettre... que les conventions litigieuses du 16 mars 1942 étaient indépendantes des contrats nuls de 1941, constate, au contraire, que lesdites conventions n'ont été que « complémentaires au contrat de 1941 » et ont été « conclues en exécution de contrats illicites »... Que dès lors c'est à bon droit que la Cour d'appel a déclaré lesdits accords complémentaires atteints de la même nullité. »

Dans cette hypothèse, les circonstances étaient particulièrement favorables à l'admission de l'indivisibilité, puisque la preuve de celle-ci était contenue dans les actes viciés mêmes.

171. - (1) Com., 23 avril 1958, Bull., 1958.III, n° 164, p. 134. V° également : Com., 30 mai 1958, Bull., 1958.III, n° 215, p. 173.
(2) Décret du 1er septembre 1939 interdisant les rapports avec l'ennemi.

Il ne serait pas difficile d'imaginer d'autres hypothèses dans lesquelles ce litige pourrait survenir. Il nous suffirait pour cela de reprendre un certain nombre d'actes « complexes » parmi ceux que nous avons étudiés tout au long de ce chapitre et de supposer qu'il y ait eu deux actes instrumentaires distincts au lieu d'un seul. Mais ce ne seraient le plus souvent que des hypothèses d'école (3). Parmi celles qui sont susceptibles de se réaliser en pratique, on pourrait citer la combinaison contrat d'assurance - contrat de défense en justice. Si le premier était annulé, l'assuré pourrait prétendre qu'il n'aurait pas conclu le second qui, bien que représenté par une police distincte, n'était à ses yeux qu'un accessoire de celui-ci (4).

4) Les cas particuliers de la donation-achat et de la vente-donation.

172. — Il est cependant deux cas au moins, dans lesquels la jurisprudence reconnaît très fréquemment que deux opérations, une donation et une vente, sont indivisibles, bien qu'elles soient réalisées par deux actes distincts. Tantôt il s'agit de l'hypothèse d'un donateur qui, désireux de gratifier quelqu'un d'un certain bien, généralement un immeuble, remet à cette personne une somme d'argent afin de lui permettre d'acquérir ce bien. Tantôt le donateur, qui veut au contraire que le bénéficiaire puisse librement disposer d'une somme d'argent liquide, vend un bien qu'il possède et en remet le prix au bénéficiaire de la donation. Ces deux combinaisons sont respectivement qualifiées par la jurisprudence et les auteurs de « donation-achat » et de « vente-donation ». Lorsque l'élément-donation se trouve vicié — car en fait le problème ne s'est posé que dans cette hypothèse —, quel sera le sort de la vente ? Si l'indivisibilité entre les deux opérations est établie, on pourrait s'attendre logiquement à ce que la nullité les embrasse toutes deux. Or, les tribunaux admettent effectivement que les deux opérations sont indivisibles, et pourtant ils ne les annulent pas toutes les deux. C'est une solution intermédiaire très originale que la jurisprudence retient. Elle annule la donation seule et maintient la vente, dans le cas de la donation-achat du moins ; mais elle déduit de l'indivisibilité entre les deux opérations que ce n'est pas la somme d'argent remise au donataire qui est sortie du patrimoine du donateur, mais l'immeuble lui-même, acquis par le donataire au moyen de ces deniers. Mais ne remet-elle pas en cause, ainsi, le concept même d'indivisibilité en tant que critère de l'étendue de

171. - (3) V° cependant : Civ., 21 novembre 1967, D. 1968, p. 317, note Lambert-Faivre.

(4) Dans l'hypothèse inverse de nullité du contrat de défense, ce qui est beaucoup plus fréquent en pratique, l'indivisibilité n'est guère plausible. Sur cette indivisibilité « à sens unique », cf. *infra*, II° partie, n° 310.

la nullité des actes « complexes » ? L'alternative suivante se présente en effet : ou bien le raisonnement tenu par les tribunaux dans cette hypothèse est justifié ; mais alors la construction si laborieusement érigée afin de résoudre le problème de l'étendue de la nullité des actes « complexes » ne s'écroule-t-il pas d'un seul coup ? Ou bien le système reste valable dans son ensemble, et c'est dans son raisonnement relatif à ce cas particulier que la jurisprudence pèche ; mais alors comment expliquer ce raisonnement et, surtout, comment justifier un résultat qui paraît satisfaisant en pratique ? Pour répondre à ces questions, une analyse préalable approfondie de la notion d'indivisibilité s'impose. Aussi bien reprendrons-nous l'examen de cette hypothèse dans le cadre des développements consacrés à cette notion (1).

CONCLUSION

173. — En matière d'actes « simples », la jurisprudence disposait, au départ, de deux textes : les articles 900 et 1172. Sur cette base, qui s'est avérée bien peu consistante, elle a élaboré des solutions qui ont généralement donné satisfaction en pratique. S'agissant des actes « complexes », elle s'est, au contraire, trouvée entièrement livrée à elle-même. Malgré cela, le travail accompli est considérable et méritoire. Pourtant, plus particulièrement en cette matière, l'absence d'infrastructure théorique solide fait cruellement défaut. L'impression d'ensemble qui se dégage, c'est que les tribunaux ont paré au plus pressé, avec des moyens de fortune, dont le principal est le concept d'indivisibilité. Les diverses acceptions de celui-ci sont assez souples pour permettre de parer à la plupart des éventualités. En cas de besoin, la jurisprudence n'a pas hésité, d'ailleurs, à recourir à d'autres concepts, tels celui de cause, de condition ou, plus simplement encore, d'intention des parties. Il n'est pas nécessaire de dire à quel point la substitution à tous ces tâtonnements d'un critère législatif unique serait souhaitable.

Avec l'étude de la nullité de certaines clauses des actes juridiques « simples » et de certaines parties composantes des actes « complexes », nous avons achevé l'analyse du premier procédé technique par lequel se manifeste la sanction de la nullité partielle. Il se caractérise par la suppression de ce qui est vicié, par l'amputation de l'acte. Mais ce n'est là, précisément, qu'un premier aspect du problème. Parfois, la nullité frappe une stipulation d'un acte juridique non pas dans son essence même, mais uniquement dans son *quantum* ou dans son champ d'application excessif. C'est, cette fois, par un procédé technique différent : par la réduction, que se réalisera la sanction de la nullité partielle.

172. - (1) Cf. *infra*, II[e] partie, n[os] 307 ss.

TITRE II

LA REDUCTION DES STIPULATIONS EXCESSIVES

INTRODUCTION

Les problèmes soulevés par la réduction en tant que nullité partielle.

174. — « Il y a, dans la théorie des obligations, une réductibilité des obligations excessives, dont on parle aussi peu que possible. Dans la pratique, tout le monde la connaît, c'est une habituée du Palais. »

Telle est la constatation que pouvait faire Perrin en 1905, lorsqu'il entreprenait son « Essai sur la réductibilité des obligations excessives » (1). L'observation garde toute sa valeur plus d'un demi-siècle plus tard. Elle pourrait, d'ailleurs, avec autant de justesse, être rapportée à la nullité partielle en général.

De fait, le droit positif français connaît un nombre assez important d'hypothèses dans lesquelles des obligations excessives, au lieu d'être purement et simplement annulées, sont réduites à de plus justes proportions. Certains de ces cas sont prévus par le législateur lui-même ; d'autres sont d'origine purement prétorienne. Mais le concept théorique de réduction n'a pas de place dans la théorie générale des

174. - (1) Thèse Paris, 1905, p. 1.

obligations du droit positif français (2). Sa nature juridique même est controversée (3).

> « Entre la validité et la nullité de la convention, dit encore Perrin (4), la réductibilité établit un moyen terme : une validité partielle. »

En réalité, cette observation ne nous paraît pas tout à fait exacte. Le moyen terme entre la validité et la nullité d'une convention, ce n'est pas la réductibilité — ou, en tout cas, ce n'est pas seulement elle —, c'est la nullité partielle, dont la réduction ne représente que l'une des techniques.

Le problème de l'étendue de la nullité est donc résolu essentiellement au moyen de deux techniques : la nullité d'une clause ou d'une partie de l'acte et la réduction des stipulations excessives (5). En quoi ces deux techniques présentent-elles des ressemblances ou des différences ? La première se caractérise, si l'on peut recourir à cette image, par l'emploi d'une paire de ciseaux. L'acte est amputé d'une partie plus ou moins grande de lui-même : d'une phrase, d'un paragraphe, parfois d'un mot seulement, exceptionnellement de sa plus grande partie. La réduction, au contraire, est un procédé plus subtil : une quantité, un chiffre, est simplement remplacé par une autre quantité, par un autre chiffre, l'acte subsistant, pour le reste, intégralement. Cette différence, qui n'est finalement que de pure forme, constitue

174. - (2) En revanche, de nombreux auteurs ont étudié la réduction *de lege ferenda*. Il faut citer en premier lieu l'ouvrage de PERRIN, *op. cit.* Indirectement, tous les auteurs qui ont eu pour objectif l'étude d'une théorie générale de la lésion ont très largement préconisé la réduction comme sanction, mais sans la définir. V° en particulier : MAURY, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en matière contractuelle, thèse Toulouse, 1920 ; DEMONTÈS, De la lésion dans les contrats entre majeurs, 1924 ; DALEM, L'extension de la notion de lésion dans les contrats d'après la jurisprudence et la pratique contemporaines, thèse Paris, 1937 ; VALMONT, Le fondement juridique de la lésion dans les contrats entre majeurs, thèse Caen, 1938 ; TOUCHARD, La lésion en droit civil français dans le cadre de la justice d'équité, thèse Rennes, 1960 ; PÉROT-MOREL, De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat, 1961.

(3) L'étude de cette nature juridique entre dans le cadre du titre I^er^ de notre II^e^ partie : cf. *infra*, n^os^ 315 ss. Notre propos se limite, pour le moment, à un examen du droit positif. Nous partons, par conséquent, du postulat selon lequel la réduction est une forme particulière de nullité partielle, bien que ce soit cela même qui est contesté par certains auteurs.

(4) *Op. cit.*, p. 2. Pour cet auteur, la réduction est donc incontestablement une nullité partielle.

(5) Cependant, de même que toute inefficacité partielle d'un acte n'est pas une nullité partielle (nous avons déjà examiné, *supra*, n° 14, la notion d'inopposabilité. Il peut aussi y avoir des caducités, des résolutions et résiliations partielles. V°, à ce supet, TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 280 ss.), de même toute réduction n'est pas nécessairement une nullité partielle. Ainsi, la théorie de l'imprévision se réalise le plus souvent, en pratique, par une réduction des prestations dues. Le droit positif français n'en

l'essentiel de ce qui distingue, sur le plan théorique, la nullité d'une clause ou partie d'un acte et la réduction. Il s'agit donc bien de deux procédés techniques participant de la même nature juridique.

175. — Pourtant, sur le plan pratique, et plus spécialement en ce qui concerne les problèmes qui se posent au juge, d'autres particularités séparent les deux procédés. S'agissant du premier, nous constations qu'il se posait toujours une double question :

— telle clause ou partie de l'acte est-elle nulle ?

— sa nullité entraîne-t-elle celle de l'acte lui-même ?

On pourrait concevoir qu'une démarche intellectuelle analogue soit nécessaire en matière de réduction :

— telle stipulation est-elle excessive ?

— la nullité dans la mesure de l'excès, c'est-à-dire la réduction, laisse-t-elle subsister cette stipulation ?

En effet, une clause nulle entraîne en principe la nullité de l'acte si elle était essentielle aux yeux des parties, si elle constituait, selon les termes employés par la jurisprudence, la cause ou la condition impulsive et déterminante de l'acte. Lorsqu'il s'agit de réduction, c'est le *quantum* excessif qui joue le rôle de clause nulle. On pourrait, dès lors, se demander si la nullité de l'acte tout entier ne devrait pas s'ensuivre lorsque ce *quantum*, au chiffre auquel les parties l'ont fixé, constituait pour elles une condition *sine qua non*.

Ce problème ne s'est guère posé en pratique ; et lorsque cela a été le cas, la jurisprudence a refusé de prononcer la nullité totale de l'acte. Nous avons d'ailleurs déjà eu l'occasion d'observer cette attitude des tribunaux à propos de la nullité de certaines clauses, relevant, par conséquent, de la première technique d'annulation partielle, clauses qui n'étaient que des stipulations excessives déguisées (1) : là aussi la jurisprudence n'a annulé que ces seules clauses, refusant d'appliquer l'article 1172 et réduisant ainsi, en réalité, l'élément quantitatif excessif au maximum autorisé.

Il y a plusieurs explications, tantôt alternatives, tantôt cumulatives, au fait qu'en cas de réduction, cette nullité, au départ partielle, ne s'étende pas, en pratique, à l'ensemble de la disposition excessive. Parfois, il est inconcevable que les auteurs de l'acte litigieux aient eu cette attitude intellectuelle qu'on pourrait caractériser par l'expression « tout ou rien ». Ainsi, lorsqu'une libéralité est réduite pour

connaît cependant que quelques applications isolées très limitées. Il est à peine besoin de dire que celles-ci n'entrent pas dans notre sujet. La réduction n'est une nullité partielle que si elle découle d'un vice originaire de l'acte.

175. - (1) Cf. *supra*, n°s 121-123.

atteinte à la réserve ou pour incapacité, on voit mal sur quel fondement le disposant — ou ses héritiers — pourraient s'appuyer pour prétendre qu'il n'aurait pas donné ou testé s'il avait su que sa disposition serait réduite. Quant au bénéficiaire de la libéralité, si elle ne présente plus d'intérêt pour lui, il ne tient qu'à lui d'y renoncer. Dans d'autres cas, il est exclu de pouvoir prononcer la nullité totale du contrat, pour la simple raison qu'il a déjà été exécuté et qu'une « *restitutio in integrum* » est impossible ou inique. Or il est très fréquent que la réduction ne soit demandée qu'après que le contrat ait été exécuté, soit totalement, soit pendant un certain temps. Ainsi, on ne prive pas d'une rémunération équitable le mandataire, ou le capitaine qui aura porté secours à un navire en perdition, sous prétexte que le salaire exigé est excessif. Enfin, et surtout, la réduction intervient le plus souvent dans des cas dans lesquels l'ordre public exige précisément une telle sanction. Il n'est pas question, dès lors, de tenir compte de la volonté éventuelle des parties. La réduction représente, dans ces cas, la seule sanction efficace. Quelquefois le législateur lui-même la prévoit expressément. Dans d'autres hypothèses, c'est la jurisprudence qui estime que la seule sanction utile et conforme au but de la prohibition réside dans la réduction.

Nous n'excluons cependant pas, *a priori*, l'existence d'hypothèses ne rentrant dans aucune des trois situations que nous venons de décrire et pour lesquelles on pourrait être amené à tenir compte de l'intention des parties pour annuler totalement une stipulation excessive (2). Si ce cas se présentait, le parallélisme entre les deux techniques utilisées pour résoudre le problème de l'étendue de la nullité serait parfait.

Mais tenons-nous en, pour le moment, à la conclusion selon laquelle cette seconde question n'est guère posée en pratique, en matière de réduction. Celle-ci est donc toujours une nullité partielle, qui n'a, en principe, aucune répercussion sur l'existence même de la stipulation excessive. Cette constatation ne réduit-elle pas considérablement l'intérêt de l'étude des cas dans lesquels la réduction intervient ? En effet, s'agissant de la première technique, celle de l'amputation, nous insistions sur le fait que ce qui importait avant tout, c'était de savoir non pas quand telle clause ou partie d'un acte était nulle, mais quelle était l'incidence de cette nullité sur l'acte lui-même. Il ne saurait être question d'insister cette fois sur un aspect dont nous avons jusqu'à présent constamment relevé le caractère secondaire à notre point de vue. Nous ne nous attarderons donc pas à rechercher quand une stipulation est excessive. Le seul intérêt de l'étude de la

175. - (2) Cf. par exemple, à propos des clauses de maintien dans l'indivision, *infra*, n° 213.

réduction des stipulations excessives serait-il alors de montrer que les cas de réduction — donc de nullité partielle — sont nombreux dans la pratique ? Une telle nomenclature pourrait tout au plus viser à attirer l'attention sur l'importance concrète de la notion de nullité partielle, trop méconnue en droit français. L'utilité de cette étude serait cependant contestable si elle n'aboutissait qu'à cela.

176. — En réalité, son intérêt véritable est beaucoup plus considérable. Il y a également, en matière de réduction, dualité des problèmes. Mais le second diffère un peu de celui que nous indiquions au sujet de la nullité de certaines clauses ou parties d'un acte. Les deux questions sont, cette fois, les suivantes :

— telle stipulation est-elle excessive ?

— est-elle, de ce fait, intrinsèquement et totalement nulle ou, au contraire, n'est-elle nulle que dans la mesure de l'excès, c'est-à-dire réductible ?

De prime abord, la différence entre cette dernière question et la deuxième question qui se posait en matière de nullité d'une clause ou d'une partie d'un acte n'est pas évidente. Dans les deux cas, il s'agit de savoir s'il y a, en fin de compte, nullité totale ou non. Le raisonnement pour aboutir à cette solution finale est cependant sensiblement différent. Il s'agit, cette fois, de savoir si une stipulation excessive est seulement nulle partiellement ou si, du fait de l'excès, elle est viciée totalement. Dans cette dernière hypothèse, il ne s'agit pas d'une nullité totale « médiate » comme précédemment, c'est-à-dire d'une nullité totale par répercussion de la nullité d'une clause subjectivement essentielle ou d'une partie indivisible de l'acte, mais d'une nullité totale « immédiate », directe, due au fait que l'excès vicie la stipulation dans son essence même. Si l'excès révèle, par exemple, que la cause de la convention est illicite ou immorale, la sanction ne semble pouvoir être qu'une nullité totale « immédiate », même si la convention eût été valable si elle n'avait pas comporté cet excès. Il se pourrait aussi que le législateur lui-même, expressément ou non, prévoie une telle sanction.

L'intérêt essentiel de l'étude de cette seconde technique de mise en œuvre du concept de nullité partielle sera donc de savoir non pas quand la jurisprudence réduit les stipulations excessives, mais POURQUOI elle le fait et, plus encore, pourquoi, dans certains cas, elle ne le fait pas. Elle dispose, en effet, d'une option entre la nullité intégrale de la disposition excessive litigieuse et sa réduction à un taux licite. Or, les raisons qui déterminent les solutions adoptées sont souvent loin d'être convaincantes et, pris dans son ensemble, le système est assez incohérent. Quoiqu'il en soit, cette façon de voir le problème,

au lieu d'illustrer simplement la notion de nullité partielle, contribuera à en fixer peu à peu les contours (1).

S'il s'avérait, en outre, que, dans certains cas, il faut tenir compte de l'intention des parties pour déterminer s'il y a lieu de réduire ou d'annuler totalement une stipulation, conformément à l'hypothèse émise plus haut (2), la sanction des stipulations excessives revêtirait alors, au total, non pas deux, mais trois formes différentes. Tantôt il y aurait effectivement réduction, c'est-à-dire nullité partielle, pour une ou plusieurs des trois raisons énumérées précédemment (3). Tantôt ce serait la nullité totale « immédiate » qui sanctionnerait de telles dispositions, lorsque l'excès aurait révélé l'existence d'un vice fondamental. Tantôt, enfin, il y aurait lieu de prononcer une nullité totale « médiate », le *quantum* excessif ayant été pour les parties une condition *sine qua non* de leur consentement.

177. — S'agissant du domaine d'application de la réduction des stipulations excessives, une première constatation s'impose à l'évidence : la réduction est susceptible d'intervenir chaque fois qu'un acte juridique comporte un facteur quantitatif pour la détermination duquel la liberté des auteurs n'est pas illimitée. Ce facteur est très souvent l'un des éléments essentiels de l'acte juridique : son objet matériel, son prix, sa durée. C'est alors le contrat lui-même qui est, en fait, réduit ou annulé, selon les cas. Mais parfois ce n'est qu'une clause accessoire de l'acte, telle une clause d'exclusivité ou de non-concurrence, qui est excessive, surtout quant à sa durée. Mais qu'il s'agisse de l'acte juridique lui-même ou d'une clause accessoire, le problème de l'étendue de la nullité obéit aux mêmes règles. Il n'y aura donc pas lieu d'examiner séparément ces deux sortes d'hypothèses. On peut simplement observer que lorsqu'une clause excessive est réduite, l'acte principal qui la contient subsiste tel quel. Si, au contraire, elle est annulée, sa nullité donnera lieu, selon les règles examinées au Titre Premier, à une nullité partielle ou totale de cet acte. Une fois de plus, la question de l'étendue de la nullité peut donc, dans cette hypothèse, se poser à plusieurs degrés successifs.

176. - (1) Notre optique est donc nettement différente de celle des nombreux auteurs qui se sont attachés à l'étude d'une théorie générale de la réductibilité et, plus spécialement, de la lésion. (Cf. *supra* la note 2 n° 174 et les références citées). Alors que ceux-ci, partant des applications actuelles de ces notions, préconisent *de lege ferenda* leur extension par une réforme du droit positif, nous restons strictement dans le cadre de celui-ci. Ce ne sont pas les règles du droit positif que nous remettons éventuellement en cause, mais uniquement la façon dont leur sanction est actuellement mise en œuvre.

(2) Cf. *supra*, n° 175.

(3) Cf. *supra*, n° 175.

Quant aux cas dans lesquels le problème de la réduction s'est posé devant les tribunaux, ils sont très nombreux. Le législateur s'est, en effet, très fréquemment préoccupé de quantités. La législation dirigiste du XX^e^ siècle est particulièrement riche en exemples de ce phénomène. Mais si la loi a parfois prévu expressément que les stipulations excessives seront réduites, le plus souvent elle s'est contentée de fixer certaines limites, sans préciser si leur dépassement serait sanctionné par la nullité totale ou par la réduction. Quelquefois, aussi, c'est la jurisprudence qui, de sa propre initiative, a réduit certaines stipulations quantitatives, en l'absence de toute réglementation légale du *quantum* en question. Ces cas, qui ont fait l'objet de vives controverses doctrinales, sont cependant peu nombreux.

Dans cette étude de la sanction applicable aux stipulations excessives, nous examinerons successivement les différents éléments quantitatifs susceptibles d'être réduits. Il s'agit essentiellement de l'objet, de la durée et du prix fixé par les parties. Ces trois données s'expriment ou peuvent être évaluées au moyen d'un chiffre. Il est cependant un autre élément quantitatif dans certaines conventions et qui est, cette fois, insusceptible d'être enfermé dans un chiffre. Il s'agit de l'étendue du domaine d'application de ces conventions ou, en d'autres termes, de leurs effets. Ceux-ci ne s'expriment pas toujours par une clause de l'acte, clause que les juges pourraient éventuellement annuler ou modifier. Pour sanctionner l'excès dans ces cas, le juge réduira les effets de ces conventions : il décidera que, dans telles circonstances, la convention ou la clause litigieuse ne pourra pas produire les effets prévus par les parties. Mais cette sanction, qui est également une nullité partielle, ne se réalise par aucune modification apparente de l'acte. Il s'agit donc d'une forme de nullité partielle particulièrement subtile et significative du degré de perfectionnement que peut atteindre une application réaliste de la notion de nullité.

CHAPITRE PREMIER

La réduction de l'objet d'une obligation pour incapacité.

178. — Au principe selon lequel chacun est libre de disposer de ses biens comme il l'entend et d'en recevoir de la part des autres, la loi apporte des dérogations : les incapacités, sanctionnées par la nullité. Mais le législateur ne dispose pas seulement d'un choix entre deux situations extrêmes : la pleine capacité et l'incapacité totale. D'ailleurs, celles-ci existent-elles en pratique ? L'enfant simplement conçu est déjà en mesure de recevoir à titre gratuit et les majeurs, le plus souvent, ne disposent pas d'une liberté absolue de faire des libéralités. C'est entre ces deux extrêmes que se situe la réalité. Toute une gamme de possibilités est offerte au législateur. Il n'est donc pas étonnant de trouver, en pratique, de nombreux cas de capacités simplement limitées. Si l'incapacité totale est sanctionnée par la nullité, n'est-il pas logique que l'incapacité partielle le soit par la nullité partielle ? En réalité, cette déduction n'est pas toujours exacte, car souvent l'incapacité concerne certains actes seulement. Dans ce cas, ces actes sont entièrement nuls, les autres étant pleinement valables. Parfois, cependant, au lieu de limiter la capacité par rapport à certains actes, la loi pose ses limites d'une façon moins précise et, peut-être, moins arbitraire : l'individu en question sera capable de recevoir ou de disposer dans les limites d'une certaine quantité de biens. Au-delà de cette limite, l'incapacité retrouve son empire. Cette seconde catégorie d'incapacités n'est pas sanctionnée par la nullité de l'acte, ce qui serait une sanction excessive, mais par la réduction à la quantité licite. Incontestablement, cette réduction pour incapacité partielle n'est

qu'une forme particulière de nullité partielle. Analyser d'une autre façon la réduction reviendrait à dire qu'une sanction de nature différente frappe l'incapacité en ce qui concerne certains actes d'un côté et celle de donner ou de recevoir dans une certaine mesure de l'autre. Cela se comprendrait malaisément. C'est pourtant ce que certains auteurs ont pensé.

Les exemples de réduction pour incapacité sont nombreux. Ils concernent tantôt l'incapacité de disposer, tantôt — et plus rarement, d'ailleurs — l'incapacité de recevoir.

Section I

LA REDUCTION POUR INCAPACITE DE DISPOSER

179. — La méfiance traditionnelle du législateur français à l'égard des libéralités a pour conséquence l'existence de nombreuses incapacités partielles de disposer à titre gratuit, sanctionnées par la réduction. Les exemples en matière d'actes à titre onéreux sont beaucoup plus rares.

Parmi toutes les hypothèses, il en est une qui est nettement plus importante que les autres, du fait de sa généralité : c'est la réduction des libéralités pour atteinte à la réserve. Les autres cas concernent certaines catégories particulières d'individus et d'actes.

§ 1. — La réduction pour atteinte à la réserve.

180. — La réserve héréditaire est une institution d'ordre public particulièrement bien protégée en droit français (1). La vigilance de la jurisprudence est rigoureuse : non seulement elle réduit les donations ou legs qui excéderaient la quotité disponible, ce qui lui est expressément commandé par l'article 920 du Code civil, mais elle annule en outre systématiquement toute clause, condition ou charge qui porterait indirectement atteinte à cette réserve (2) ou qui modifierait seulement le régime juridique des biens qui la composent, fût-ce à l'avantage du réservataire (3).

180. - (1) Dans son principe, du moins. Il n'en est plus de même en ce qui concerne son contenu. La multiplication des cas dans lesquels la réserve est constituée en valeur et les règles d'évaluation lui ont fait perdre, en période d'instabilité monétaire, une grande partie de sa consistance dans de nombreux cas.

(2) Cf. *supra* n° 123 et la note 1.

(3) Cf. par exemple : Civ., 6 mai 1885, D.P., 1885.I.369, S. 1885.I.289, note Labbé : dans la mesure de la réserve le disposant ne peut pas stipuler

Le fonctionnement et les modalités de la réduction des libéralités pour atteinte à la réserve n'entrent pas dans notre propos. Nous aurions pu nous contenter de mentionner que cette institution capitale de notre système juridique n'est qu'une application de la notion de nullité partielle, si deux particularités importantes n'avaient retenu notre attention. La première concerne précisément la nature juridique de la réduction pour atteinte à la réserve. En effet, les auteurs ne la qualifient généralement pas de nullité partielle, alors que c'est là justement notre hypothèse de départ. Le seconde particularité a trait au domaine d'application de cette réduction.

1) La nature juridique de la réduction pour atteinte a la reserve.

181. — Le problème de la nature juridique de la réduction pour atteinte à la réserve (1) n'a que très rarement été réellement examiné par les auteurs. Quant à la jurisprudence, elle n'a pas eu à s'en préoccuper, les textes du Code civil étant suffisamment précis pour qu'elle puisse se contenter de les appliquer tels quels. Il est curieux, pourtant, de constater qu'on ne connaît pas avec certitude la nature du mécanisme de cette institution, qui joue un rôle si important en pratique.

Deux opinions ont été émises par les auteurs. Généralement (2), ils qualifient l'action en réduction d'action en résolution. Quelques-

que les biens donnés resteront propres au donataire et ne tomberont pas en communauté. *Contra :* T.G.I. Strasbourg, 10 janvier 1968, D. 1968, p. 720, note critique D. Schmidt, J.C.P., 1969, n° 15776, note Savatier.

181. - (1) Bien que nous ayons renvoyé l'examen de la notion de réduction en général à notre II[e] partie (cf. *supra*, note 3 n° 174), il nous paraît indispensable d'élucider dès maintenant le problème de la nature juridique du cas particulier de la réduction pour atteinte à la réserve. Il y a, à cela, plusieurs raisons. D'une part, les arguments avancés dans la controverse relative à ce cas lui sont spécifiques et ne défloreront pas, par conséquent, nos développements ultérieurs. D'autre part et surtout, alors que pour la notion de réduction en général l'hypothèse de départ, selon laquelle il s'agit de nullité partielle, est plausible *a priori* du fait que d'autres auteurs partagent expressément cette opinion qui n'a que rarement été combattue, en matière de réduction pour atteinte à la réserve, au contraire, cette hypothèse est en opposition avec l'avis de presque tous les auteurs qui ont émis une opinion sur la question. Dans ces conditions, nous n'avons pas cru pouvoir nous abstenir de justifier immédiatement notre opinion.

(2) Cf. entre autres, Aubenque, Des donations entre vifs comparées avec les contrats à titre onéreux, thèse Montpellier, 1903, pp. 89 ss. ; Demolombe, Donations et testaments, t. II, n° 607 ; Planiol et Ripert, t. V, par Trasbot et Loussouarn, n° 113, p. 135, ainsi que les intitulés des n[os] 121 à 124 qui mentionnent tous le terme « résolution » ; Ripert et Boulanger, t. IV, n[os] 2733 et 2743 ; H.-L. et J. Mazeaud, t. IV, n[os] 940 et 946 ; Encycl. D., *v°* Quotité disponible, n° 111.

uns (3) ont pensé qu'il s'agissait d'une inopposabilité. Nous estimons, au contraire, que la réduction pour atteinte à la réserve est une nullité partielle.

a) *La thèse de la résolution.*

182. — Si de nombreux auteurs ont effectivement qualifié l'action en réduction d'action en résolution, aucun n'a, à notre connaissance, sérieusement confronté les caractéristiques de cette action avec la notion de résolution. Le plus souvent, ils se contentent d'observer, dans une formule à peu près constante, que l'action en réduction « tend à obtenir la résolution » de la libéralité (1). Ce laconisme nous permet de penser qu'il s'agit là beaucoup plus de la constatation d'un effet juridique que d'une véritable qualification (2). Cette incertitude dans le langage n'est pas, nous semble-t-il, l'effet du hasard. Il est quasiment évident que la réduction pour atteinte à la réserve n'est pas une véritable résolution, au sens propre du terme. La résolution est une sanction de l'inexécution des conventions. Cette expression n'est d'ailleurs utilisée qu'en matière d'actes à titre onéreux. Pour les libéralités, l'équivalent, c'est la révocation (3). Si la doctrine a eu recours, dans notre hypothèse, à l'idée de résolution, c'est uniquement, nous semble-t-il, pour rendre compte du caractère rétroactif de la sanction de l'action en réduction. Les expressions utilisées, telles que « tend à obtenir » ou « a pour conséquence », sont révélatrices. Pour exprimer cette idée, le rapprochement n'était possible qu'avec un très petit nombre d'actions, dont l'action en résolution et l'action en nullité. Pourquoi a-t-on opté pour la première, alors que la seconde aurait rendu compte de façon beaucoup plus satisfaisante de la situa-

181. - (3) Bastian, *op. cit.*, pp. 245-259 ; Japiot, *op. cit.*, p. 26, note 2. Ce dernier auteur, p. 560, parle également d'inopposabilité à propos du cas de la réduction des libéralités faites à un enfant naturel reconnu au-delà de ce qui est permis par l'article 908. Il s'agit pourtant bien, cette fois, d'une incapacité de recevoir.

182. - (1) Cf. Aubenque, *op. cit.*, p. 89 ; Planiol et Ripert, t. V, *op. cit.*, n° 113 ; Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n° 2733 ; Voirin, note au J.C.P., 1962, n° 12491. H.-L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, n° 946, sont plus prudents encore : la réduction, disent-ils, opère rétroactivement « à la manière d'une résolution ».

(2) Souvent ces mêmes auteurs utilisent d'ailleurs des termes plus généraux, tels que : anéantissement ou inefficacité. Nous avons même relevé l'expression de « caducité partielle », employée dans le même développement où il est question de résolution, alors que la caducité ne peut certainement pas être confondue avec la résolution : cf. Planiol et Ripert, t. V, *loc. cit.* V° cependant : Encycl. D., *loc. cit.* :

« Juridiquement, elle s'analyse en une résolution de la donation, totale ou partielle suivant les cas. »

Mais cette affirmation n'est accompagnée d'aucune justification.

(3) Il existe, certes, des cas de révocation qui ne correspondent pas à l'idée d'inexécution : tel est le cas de la révocation pour survenance d'enfant. Mais à tous points de vue, l'hypothèse est spéciale.

tion ? L'explication est assez simple. Pour caractériser l'action en réduction, la plupart des auteurs commencent par l'opposer à l'action en nullité afin d'expliquer que la nullité affecte l'acte dans sa totalité, alors que la réduction ne l'anéantit que dans la mesure où il porte atteinte à la réserve. On sait que la notion de nullité partielle, en tant que concept théorique, est quasiment inconnue en droit français. Ces auteurs n'y ont donc pas songé : nullité et nullité totale étaient pour eux synonymes. Et comme ils avaient commencé par opposer nullité et réduction, il ne leur restait plus, ensuite, que le concept de résolution pour exprimer et expliquer l'effet rétroactif de la réduction.

b) *La thèse de l'inopposabilité.*

183. — Contrairement à l'opinion dominante, M. Bastian (1) estime que l'action en réduction :

> « ... présente tous les caractères d'une action en inopposabilité : elle appartient exclusivement à des tiers, auxquels elle permet d'attaquer les actes qui entament la réserve, et dans la mesure seulement où ils y portent atteinte... Comment l'expliquer avec l'idée de résolution ? Un acte est ou n'est pas ; la résolution le fait disparaître en entier : l'acte est anéanti rétroactivement et ne saurait subsister partiellement. »

Cette explication ne nous paraît pas plus satisfaisante que la précédente. En quoi l'action en réduction ressemble-t-elle à une inopposabilité ? Le fait qu'elle appartienne exclusivement à des tiers ne saurait être retenu : en matière de libéralités, l'action en nullité appartient fréquemment à des tiers par rapport à l'acte. De façon générale, ce sont ceux que le législateur a voulu protéger qui sont titulaires de l'action. En l'occurrence, ce sont les héritiers réservataires. « Un acte est ou n'est pas », poursuit cet auteur. C'est la négation de l'idée même de nullité partielle. Nous avons déjà suffisamment démontré le contraire. Et pourquoi n'y aurait-il pas également des résolutions partielles (2) ?

183. - (1) *Op. cit.*, p. 247.

(2) Cf. TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 280 ss., qui consacre tout un chapitre de son ouvrage à la résiliation et à la résolution partielles. Il peut y avoir des problèmes d'étendue de la résolution tout comme il y a des problèmes d'étendue de la nullité. Cf. à ce titre d'exemples : Civ., 28 décembre 1956, Bull., 1956.I, n° 477, p. 384 ; Com., 30 avril 1958, Bull., 1958.III, n° 177, p. 145 ; Civ., 9 mars 1964, Bull., 1964.I, n° 134, p. 99 ; Civ., 21 juillet 1964, D. 1964, p. 759, R.T.D.Civ., 1965, p. 114 ; Soc., 14 février 1968, Bull., 1968. V, n° 100, p. 83. V° également : Civ., 26 avril 1968, Bull., 1968.III, n° 173, p. 136. Dans cet arrêt se posait un problème d'étendue de la résolution d'une convention comprenant un bail et une promesse d'enchérir. Celle-ci n'ayant pas été exécutée et ayant constitué la « cause impulsive et déterminante » du bail, la Cour suprême « annule » le bail. La confusion entre résolution et nullité est mani-

La caractéristique essentielle de l'inopposabilité, c'est que l'acte subsiste entre les parties. En quoi cette particularité se vérifie-t-elle dans l'action en réduction ?

> « La libéralité subsiste donc *inter partes,* répond M. Bastian (3), en ce sens que, durant la vie du donateur elle a produit tous ses effets, et que le gratifié a pleinement joui de l'objet donné : l'héritier n'en souffre aucunement, car ce n'est qu'après le décès de son auteur que son droit se précise. L'inopposabilité joue alors et fait disparaître les effets qui portent atteinte aux droits de l'héritier. »

Deux moments nous paraissent devoir être distingués : la période qui précède l'action en réduction et celle qui la suit. S'agissant de la première période, à laquelle l'auteur s'arrête exclusivement, l'anéantissement rétroactif de la libéralité n'est effectivement pas intégral. Son bénéficiaire garde tous les fruits,

> « ce qui, avec la théorie de l'action en résolution, ne peut s'expliquer que par un tempérament d'équité », poursuit le même auteur (4).

Si cette observation est valable en ce qui concerne l'action en résolution, il n'en est plus de même pour l'action en nullité partielle. D'une part, l'héritier réservataire n'a en aucun cas droit aux fruits avant l'ouverture de la succession. D'autre part, la rétroactivité de la nullité et le fait que le bénéficiaire de la libéralité garde les fruits ne sont pas inconciliables. En effet, l'article 549 du Code civil dispose en termes tout à fait généraux que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens. Tel est bien le cas ici. Car même si le donataire connaît le vice éventuel, il est encore de bonne foi jusqu'au jour de l'ouverture de la succession, puisque personne d'autre que lui n'a droit aux fruits qu'il touche. Donc, pour la période antérieure au jour de l'ouverture de la succession, l'idée d'inopposabilité ne s'impose pas avec évidence. S'agissant de la période postérieure, cette idée rend encore moins bien compte de la réalité. Ce qui caractérise réellement l'inopposabilité, c'est que l'acte subsiste entre les parties MÊME POUR L'AVENIR, cette situation se résolvant généralement en une responsabilité contractuelle. En matière de réduction, rien de tel ! Si la libéralité subsiste pour l'avenir, c'est précisément dans la mesure où aucun motif d'inefficacité ne la vicie. En revanche, dans la mesure où il y a

feste. Elle provient très vraisemblablement de l'usage abusif dans l'espèce de la notion de cause impulsive et déterminante (sur ce point, cf. *infra,* n° 284). S'agissant d'une promesse inexécutée, il ne pouvait être question que de résolution et non de nullité. L'acte n'était atteint d'aucun vice originaire. De telles confusions sont malheureusement assez fréquentes. Comp., pour la même confusion, *supra,* note 2 n° 83 ; Nîmes, 22 janvier 1890, D.P., 1891.II.113, note PLANIOL ; et pour la confusion analogue entre nullité et révocation, *supra,* n° 41 et la note 4.

183. - (3) *Op. cit., loc. cit.*

(4) *Op. cit.,* p. 255.

atteinte à la réserve, l'acte est totalement anéanti, pour l'avenir et pour le passé, sous réserve de cette question des fruits qui, encore une fois, est parfaitement conciliable avec l'idée de nullité (5).

c) *Solution proposée : la nullité partielle.*

184. — Mais si la réduction n'est ni une résolution, ni une inopposabilité, est-elle réellement une nullité partielle ? Tout nous porte à le croire (1), bien que la situation recèle une originalité incontestable. L'institution de la réserve, qui constitue, en quelque sorte, la la quotité indisponible du patrimoine de toute personne qui a des héritiers réservataires, n'est autre chose qu'une incapacité de disposer (2). Or, toute incapacité n'est-elle pas sanctionnée par la nullité ? Nous verrons d'autres hypothèses dans lesquelles la sanction d'une incapacité partielle consistera en une réduction (3). En réalité, cette incapacité de disposer au-delà de la quotité disponible n'est pas toujours sanctionnée par la réduction. Peut-on encore dire, en effet, que des legs, par exemple, sont réduits alors qu'ils sont totalement anéantis du fait que la quotité disponible était déjà épuisée par des libéralités entre vifs ? L'expression serait impropre. Sont-ils résolus ou inopposables ? Ils sont tout simplement annulés intégralement (4).

183. - (5) L'auteur éprouve d'ailleurs quelque difficulté à intégrer ce prétendu cas d'inopposabilité dans sa théorie générale. A côté des inopposabilités habituelles, qu'il appelle « inopposabilités de protection » (cf. p. 303) et qui forment un ensemble parfaitement cohérent, il fait de la réduction pour atteinte à la réserve et d'une autre hypothèse, dont il resterait à vérifier s'il s'agit réellement d'une inopposabilité, une nouvelle catégorie intitulée « inopposabilités de faveur » (cf. p. 311). Mais il reconnaît en guise de conclusion à cette classification (cf. p. 320) que :

> « Les inopposabilités de faveur n'ont aucun fondement commun, ni avec les inopposabilités de protection, ni même entre elles, et cela tant au point de vue actif que passif. »

Ces difficultés ne constituent-elles pas une preuve supplémentaire que la réduction n'est pas une inopposabilité ?

184. - (1) Pour une démonstration historique de l'identité des concepts de réduction et de nullité, cf. FERRON, Les donations déguisées ou par personnes interposées dans l'article 1099 du Code civil, Rev. crit., 1911, pp. 41 ss. et 168 ss., en particulier pp. 179 ss.

(2) Cf. la note de M. D. SCHMIDT, sous T.G.I. Strasbourg, 10 janvier 1968, D. 1968, p. 720. V° également J.-M. VERDIER, Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits, thèse Paris, 1953, pp. 73-75.

(3) Il est assez curieux que PERRIN, *op. cit.*, qui a tenté la construction d'une théorie générale de la réduction, considérée comme une nullité partielle, ait précisément écarté le problème de la réduction pour atteinte à la réserve dans le titre même de son ouvrage. Probablement aura-t-il considéré comme acquise l'opinion selon laquelle il s'agissait là d'un cas de résolution.

(4) On trouve souvent chez les auteurs les expressions « réduction totale » ou « réduction partielle ». Leur emploi prouve à l'évidence que la nature juridique de la réduction n'est pas clairement déterminée, car elles

N'est-ce pas la meilleure preuve que la réduction n'est qu'une technique de mise en œuvre du concept de nullité partielle ? Car la même cause, le dépassement de la quotité disponible, ne saurait produire des effets de nature différente selon les circonstances ; ces effets peuvent tout au plus présenter des degrés différents : nullité totale si la quotité disponible était totalement épuisée, nullité partielle, c'est-à-dire réduction, si elle n'était qu'entamée.

185. — Il reste cependant une particularité importante qui pourrait introduire un doute en ce qui concerne cette qualification de la réduction pour atteinte à la réserve. La nullité est nécessairement due à un vice originaire de l'acte, c'est-à-dire à un vice qui existait au moment de sa conclusion. Or, l'atteinte à la réserve ne s'apprécie qu'au moment de l'ouverture de la succession. Pour les legs, la qualification adoptée ne pose aucun problème. Mais il n'en est pas de même pour les donations entre vifs. Peut-on dire que, de son vivant, le donateur était incapable de disposer de ses biens au-delà d'une certaine limite ? Il pouvait certainement disposer de l'usufruit de tous ses biens. Mais était-il incapable en ce qui concerne la nue-propriété ? En réalité, on ne peut pas déterminer, lors de la donation, quelle est la quotité disponible, car nul ne sait quelle sera la consistance du patrimoine au moment du décès. Par ailleurs, personne n'aurait d'intérêt à agir à ce moment-là : une action préventive n'a jamais été reconnue aux héritiers réservataires. En pratique, une donation très importante, qui paraisait devoir porter atteinte à la réserve, peut se révéler intangible lors de l'ouverture de la succession, par suite d'un changement de fortune du *de cujus* ou, plus simplement, par suite de la dévaluation de la monnaie. Inversement, une libéralité relativement peu importante au jour où elle a été faite peut se trouver excessive au jour de l'ouverture de la succession. Cette particularité exclut-elle la qualification de nullité (1) ? Nous ne le croyons pas. Il y a réellement une incapacité qui pèse sur toute personne ayant des héritiers réservataires, mais cette incapacité n'est que virtuelle ou, en d'autres termes, indéterminée tant que la consistance définitive du patrimoine ne s'est pas, en quelque sorte, cristallisée par le décès de son titulaire. Corrélativement, un vice virtuel atteint toute libéralité non rapportable

constituent l'une un non-sens, l'autre un pléonasme. La réduction ne peut jamais être totale. Lorsqu'elle est prétendument totale, il s'agit en fait d'une nullité pure et simple. La réduction est par essence même partielle.

185. - (1) Cette objection serait d'ailleurs également valable pour l'inopposabilité, qui est aussi un vice originaire. De fait, Japiot, *op. cit.*, note 3, p. 20, pense qu'

« un certain caractère originaire peut être reconnu au vice, même en cas de réduction d'une donation entre vifs ».

faite par une telle personne. Nous ne voulons pour preuve du caractère virtuellement originaire du vice que le fait que la sanction est rétroactive (2) : les bénéficiaires de donations auront éventuellement, à terme, à subir les conséquences de ce vice originaire virtuel. Dans la théorie générale des nullités, l'hypothèse est, certes, particulière. Mais l'originalité de la réduction pour atteinte à la réserve ne la rend pas pour autant incompatible avec la qualification de nullité partielle (3).

2) Le domaine d'application de la réduction pour atteinte a la réserve.

186. — Ce domaine d'application est relativement étendu. Qu'il s'agisse de la quotité disponible du droit commun ou de celle qui est spéciale aux libéralités entre époux, cette réductibilité intervient, le cas échéant ; elle concerne aussi bien les donations ou legs purs et simples (1) que les donations-partages (2), les constitutions de rentes viagères à titre gratuit (3), les donations indirectes ou déguisées (4). Par conséquent, toutes les libéralités, sous quelque forme que ce soit, sont réductibles lorsqu'elles portent atteinte à la réserve. Cependant, pour les donations déguisées, il y a un certain nombre d'exceptions, au sujet desquelles un auteur (5) a écrit :

> « Dans la plupart des cas, en réalité, par un effort général, et par des moyens variés dont la synthèse est singulièrement instructive au sujet de la puissance réformatrice des tribunaux, ceux-ci ont substitué, en haine de la fraude, une véritable nullité à la simple réduction de droit commun. »

Les textes en question sont l'article 792 du Code civil sur le recel successoral, l'article 1131 sur la cause illicite ou immorale, l'article 911 concernant les libéralités déguisées ou par personnes interposées au profit d'un incapable, et enfin l'article 1099, al. 2 prescrivant la nullité des mêmes libéralités entre époux (6). Il peut paraître excessif, cepen-

185. - (2) Cf. en ce sens : Verdier, *op. cit.*, pp. 73 ss. et 226 ss., qui insiste fortement sur l'importance de la rétroactivité de la sanction. V° également Ferron, article précité à la Rev. crit., 1911, p. 183, note 1.
(3) Nous avons déjà expliqué pourquoi le donataire pouvait conserver les fruits (cf. *supra*, n° 183). Quant au fait que la réduction s'opère souvent en valeur, il ne constitue pas un véritable obstacle. Lorsqu'un contrat quelconque est nul, il arrive fréquemment que la restitution réciproque des prestations soit impossible, par exemple parce qu'un objet a été détruit. La restitution se fera alors en valeur. Ici, il en est exactement de même, sauf que la restitution en valeur est motivée par une dispense légale au lieu de l'être par une impossibilité physique.

186. - (1) Article 920 du Code civil.
(2) Article 1079 du Code civil.
(3) Article 1970 du Code civil.
(4) Cf. Req., 1er juin 1932, S. 1932.I.340, D.P., 1932.I.169, note Savatier.
(5) Savatier, note précitée.
(6) Pour une synthèse de ces divers procédés, cf. la note précitée de M. Savatier.

dant, de supposer que toute libéralité déguisée autre que celles faites entre époux ou à des incapables ait une cause illicite ou immorale ou constitue un recel successoral. Quant aux libéralités déguisées ou par personnes interposées faites à des incapables, elles sont indiscutablement nulles, qu'elles portent atteinte à la réserve ou non. C'est l'incapacité qui constitue la cause de cette nullité et non l'atteinte à la réserve (7).

187. — La seule véritable difficulté concerne les donations déguisées ou par personnes interposées faites entre époux. Dans ce cas, en effet, les donations auraient été valables, sauf dans la mesure où elles auraient porté atteinte à la réserve, si elles avaient été ostensibles ou directes. Or l'article 1099, qui, dans son alinéa 1, assimile expressément les donations directes et indirectes en ce qui concerne la quotité disponible, stipule, au contraire, dans son alinéa 2 :

> « Toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle. »

Ce texte a fait naître une controverse doctrinale fameuse, mais dont la jurisprudence n'a guère tenu compte.

Selon une grande partie de la doctrine (1), les deux alinéas ne prévoient pas un régime différent pour les donations indirectes et déguisées, contrairement aux apparences. Ces auteurs rejettent l'argument de texte, concernant les termes employés, en soutenant que les anciens auteurs, qui ont inspiré les rédacteurs du Code civil, utilisaient volontiers l'un pour l'autre les termes de nullité et de réductibilité. D'ailleurs, ajoutent-ils, l'Ancien Droit ne faisait aucune différence entre les deux catégories de donations et les travaux préparatoires ne mentionnent aucune discussion particulière relative à cette question. C'est donc que le Code civil n'a rien changé au régime antérieur et que « nulle » dans l'alinéa 2 signifie en réalité « réduite ». Le raisonnement n'est pas dénué de vraisemblance. De fait, la terminologie du Code civil n'est pas toujours très rigoureuse.

> « L'erreur des premiers interprètes du Code, dit un auteur (2), a été de ne pas voir qu'une nullité n'atteint pas nécessairement un acte pour le tout, qu'elle peut n'être que partielle. »

186. - (7) Un problème se pose pourtant : la nullité édictée par l'article 911 sera-t-elle intégrale même si l'incapacité n'est que partielle ? Cette question, qui n'a pas trait à la protection de la réserve, sera examinée ultérieurement. Cf. *infra*, n° 193.

187. - (1) Cf. par exemple : Planiol et Ripert, t. V, par Trasbot et Loussouarn, n° 157 ; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, t. III, n° 1582 ; Savatier, note au D.P., 1932.I.169 ; Ferron, article précité à la Rev. crit., 1911, pp. 41 et 168. Quelques décisions anciennes de juridictions du fond avaient également admis cette interprétation : Toulouse, 26 février 1861, S. 1861.II.327 ; Grenoble, 21 mars 1870, D.P., 1870.II.190.

(2) Ferron, article précité, Rev. crit., 1911, p. 178.

Quoiqu'il en soit, d'autres auteurs (3) et la jurisprudence quasi unanime (4) sont en sens contraire. Ils s'en tiennent à la lettre du texte. Si l'article 1099 avait voulu instaurer un régime unique, pourquoi aurait-on rédigé deux alinéas en des termes aussi différents ? Pourtant, si la jurisprudence et ces auteurs sont ainsi d'accord sur la solution concrète à adopter, il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit de trouver un fondement rationnel à cette solution. Différentes explications ont été successivement proposées (5). On a invoqué tout d'abord la révocabilité des donations entre époux, le déguisement constituant un obstacle à celle-ci. L'argument ne résiste pas à l'analyse. Le déguisement n'empêche absolument pas la révocation d'intervenir. Il suffit au donateur d'établir qu'il y a donation. C'est exactement la même preuve qui doit être apportée pour la prétendue action en nullité de l'article 1099, al. 2. La sanction dépasse donc manifestement le but visé. Un autre argument a alors été avancé : la protection de la réserve héréditaire. Il est encore moins solide que le précédent. D'une part, la sanction de l'atteinte à la réserve, c'est précisément la réduction et non la nullité. D'autre part, la jurisprudence annule ce genre de donations aussi bien lorsque la réserve est atteinte que lorsqu'elle ne l'est pas (6). Elle accorde, d'ailleurs, l'action en nullité à tout intéressé, notamment à l'époux donateur lui-même, et elle ne se soucie pas de savoir s'il y a ou non des héritiers réservataires à protéger (7). Ainsi

187. - (3) Cf. Aubry et Rau, t. XI, 6e éd., par Esmein, § 690, note 24 ; Josserand, t. III, nos 1844 et 1855 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, nos 4103 ss.

(4) Cf. Civ., 23 mai 1882, S. 1883.I.72, D.P., 1883.I.407 ; Civ., 22 juillet 1884, S. 1885.I.112, D.P., 1885.I.164 ; Civ., 30 avril 1941, J.C.P., 1941, n° 1727, note Voirin, D.C., 1942, p. 6, note M. N., S. 1941.I.148 ; Civ., 22 mai 1951, J.C.P., 1951, n° 6427, note Cavarroc, D. 1951, p. 507 ; Civ., 30 mai 1951, J.C.P., 1951, n° 6614, D. 1951, p. 617 ; Civ., 26 février 1952, S. 1952, Table, *v°* Donation déguisée, nos 1 et 2, Bull., 1952.I, n° 85, p. 67 ; Civ., 10 février 1953, Bull., 1953.I, n° 56, p. 52 ; Civ., 26 octobre 1953, Bull., 1953.I, n° 283, p. 233 ; Civ., 23 mai 1959, D. 1959, p. 470 ; Paris, 14 novembre 1961, G.P., 1962.I.213 ; Paris, 29 novembre 1962, G.P., 1963.I.348 ; Paris, 23 novembre 1963, J.C.P., 1964.IV.67 ; Civ., 25 avril 1966, J.C.P., 1966.IV.83, Bull., 1966.I, n° 239, p. 184 ; Civ., 26 février 1968, D. 1968, p. 587, note Voirin.

(5) Nous ne les examinerons que très sommairement, dans la mesure où cela est indispensable pour comprendre la conclusion à laquelle nous arriverons. Pour des analyses plus consistantes, *v°* par exemple : note Voirin, J.C.P., 1941, n° 1727 ; note Cavarroc, J.C.P., 1951, n° 6427 ; chronique Espagno, J.C.P., 1959, éd. N., n° 1523 ; note Voirin, D. 1966, p. 205, Dagot, *op. cit.*, pp. 202 ss.

(6) En ce sens, pour la première fois, Civ., 30 avril 1941, J.C.P., 1941, n° 1727, note Voirin, D.C., 1942, p. 6, note M. N. V° également Civ., 22 mai 1951, D. 1951, p. 507, J.C.P., 1951, n° 6427, note Cavarroc ; Civ., 23 mai 1959, D. 1959, p. 470 ; Civ., 25 avril 1966, J.C.P., 1966.IV.83, Bull., 1966.I, n° 239, p. 184.

(7) Cf. Paris, 4 juillet 1963, D. 1964, Somm., p. 3 ; Civ., 29 avril 1965, D. 1966, p. 205, note Voirin, J.C.P., 1966, n° 14604, note Malaurie ; Civ., 15 février 1966, D. 1966, p. 370, J.C.P., 1967, n° 15152, note Plancqueel.

donc, la jurisprudence a successivement détruit les argumentations qu'elle avait elle-même invoquées dans ses décisions antérieures. Existe-t-il, du moins, une explication qui permette de rendre compte du dernier état de la jurisprudence, qui annule systématiquement toute donation déguisée entre époux ? M. le doyen Voirin (8) pense l'avoir trouvée. Et un arrêt de la Cour d'Alger (9) le suit intégralement dans son raisonnement :

> « Considérant que cette nullité de l'article 1099 ne pouvant se justifier, ni par la règle de la révocabilité, ni par le système de la réserve et de la quotité disponible, elle trouve nécessairement son fondement dans l'idée de PROTECTION DE LA LIBERTÉ D'ESPRIT DU DISPOSANT, frappant l'époux d'une véritable incapacité de recevoir de son conjoint une donation déguisée ou par personne interposée, et se trouve ainsi reliée à l'article 901 du Code civil ».
>
> « Le déguisement ou l'interposition de personne — en un mot, la simulation —, poursuit M. le doyen Voirin (10), fait présumer que le disposant a cédé à une suggestion abusive (s'il s'agit du mari) ou à un abus d'autorité (s'il s'agit de la femme). L'*imbecilitas sexus* justifie la différence de présomption ; mais le résultat est inchangé : toujours, la liberté d'esprit... est altérée. »

On aura observé que, d'une incapacité de disposer, cette explication nous fait passer purement et simplement à une incapacité de recevoir entre époux. N'est-ce pas chercher bien loin une justification ? Elle nous paraît être le type même de l'explication *a posteriori*, recherchée à tout prix. Si l'on voulait sauvegarder en toute hypothèse la liberté d'esprit des époux, ne faudrait-il pas interdire toute libéralité entre époux ? Pourquoi une libéralité déguisée porterait-elle plus atteinte à cette liberté qu'une donation directe ? L'« abus d'autorité » et la « suggestion abusive » pourraient tout aussi bien y emporter la décision. On en revient alors inéluctablement à l'idée de fraude. Or la présomption de fraude ne saurait être admise. D'une part, il n'y a aucune raison qu'une telle présomption soit attachée de façon irréfragable aux donations déguisées entre époux et non aux autres donations déguisées. D'autre part, la fraude peut suffisamment être déjouée par les moyens du droit commun, en particulier par la révocation et par la réduction en cas d'atteinte aux droits d'héritiers réservataires.

En dehors du terme de nullité contenu dans l'article 1099, alinéa 2, tout est donc en faveur de la simple réduction, notamment l'incertitude qui subsiste quant au sens originaire de cet alinéa second et l'absence de justification véritable de la nullité intégrale. La réduction

187. - (8) Note précitée au J.C.P., 1941, n° 1727. Il reprend cette idée dans une note parue au D. 1966, p. 205.
(9) Alger, 27 octobre 1949, J.C.P., 1950, n° 5404, note A. S.
(10) Note précitée au D. 1966, p. 205.

serait une sanction suffisante. Si l'on s'était interrogé sur le sens de cet article 1099, al. 2 et sur son but véritable avant qu'une solide jurisprudence ne se fût établie, au lieu de ne le faire qu'après, peut-être aurait-on évité que celle-ci ne s'engageât dans une telle impasse et ne tirât de son système des conclusions regrettables (11). A juste titre, nous semble-t-il, les membres de la commission de réforme du Code civil ont proposé l'abrogation pure et simple de l'article 1099, al. 2 (12) (13).

188. — Bien qu'il ne s'agisse pas, à proprement parler, de réduction pour atteinte à la réserve, il y a lieu de mentionner une autre hypothèse, prévue par l'article 1527, al. 2 du Code civil (1) qui dispose :

> « ... dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1098..., sera sans effet pour tout l'excédent. »

L'article 1098, auquel il est fait référence, limite la capacité de disposer du conjoint remarié lorsqu'il reste des enfants du premier lit. Cela ne revient-il pas, en fin de compte, à constituer à ces enfants une réserve spéciale, dont les enfants du second lit profiteront aussi, le cas échéant ? Mais quelle que soit la qualification de cette portion indisponible, l'action accordée aux enfants est incontestablement de la même nature que l'action en réduction pour atteinte à la réserve : c'est un nouveau cas de nullité partielle. La seule particularité notable réside dans le fait que la réduction s'opère non seulement sur les libéralités proprement dites, mais aussi sur tous les avantages matrimoniaux qui sont exceptionnellement, dans cette hypothèse, assimilés à des libéralités (2) (3).

187. - (11) Action accordée au donateur lui-même, en l'absence de tout héritier réservataire : cf. *supra*, notes 6 et 7 n° 187.

(12) Cf. H., L. et J. Mazeaud, t. IV, n°s 1550-1551 ; Dagot, *op. cit.*, p. 204.

(13) Pour les donations déguisées entre époux réalisées au moyen des combinaisons appelées donation-achat et vente-donation, cf. *infra*, n°s 307 ss.

188. - (1) Ancien article 1523, al. 3. V° également : art. 1496, al. 2 ancien, abrogé par la loi du 13 juillet 1965, qui n'était qu'une application particulière du précédent.

(2) Cf. Civ., 10 juillet 1968, D. 1968, p. 725, note A. Breton. Cet arrêt déclare expressément que l'action en retranchement des articles 1496 et 1527 constitue une action en réduction, régie par les articles 920 ss. du Code civil.

(3) On parle quelquefois aussi de réduction lorsque des legs parfaitement valables ne peuvent être exécutés intégralement pour insuffisance de l'actif net. Ils sont alors « réduits » proportionnellement et exécutés au marc le franc. Le terme « réduction » nous paraît être employé ici à tort. Dans une circonstance qui présente de très nettes analogies avec ce cas : celle où les créanciers d'un failli se répartissent l'actif de la faillite au marc le franc, personne n'a songé à parler de réduction de leurs

§ 2. — Les cas particuliers de réduction pour incapacité de disposer.

Il s'agit essentiellement des limites apportées par la loi à la capacité de tester du mineur, à la capacité de contracter du mineur émancipé sous le régime antérieur à la loi du 14 décembre 1964, enfin, à la capacité de contracter de certains majeurs.

1) L'incapacité partielle de tester du mineur.

189. — S'agissant de la capacité de tester du mineur, l'article 904, al. 1er du Code civil stipule :

> « Le mineur parvenu à l'âge de seize ans et non émancipé (1) ne pourra disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer. »

La sanction de cette semi-incapacité est :

> « une action en nullité partielle qui emprunte le procédé de la réduction » (2).

Cette question n'ayant donné lieu à aucune difficulté particulière à notre point de vue, nous n'y insisterons pas davantage (3). Il suffisait de la mentionner en tant qu'illustration.

2) La réduction des engagements excessifs du mineur émancipé avant la loi du 14 décembre 1964.

190. — Le mineur émancipé s'est vu reconnaître la pleine capacité contractuelle par la loi du 14 décembre 1964 (1), alors que l'article 484, al. 2 ancien stipulait :

créances. Quoi qu'il en soit, il ne semble pas qu'on puisse qualifier cette réduction des legs de nullité partielle, à moins qu'on la fonde sur une inexistence partielle de leur objet.

189. - (1) La pleine capacité de tester du mineur émancipé qui résulte de ce texte est une innovation de la loi du 14 décembre 1964 qui a ajouté les termes « et non émancipé ». Auparavant, par conséquent, il était également incapable de tester au-delà de la moitié de ses biens.

(2) L'expression est de M. Tallon : cf. J. Cl. Civ., art. 903-904, n° 31. Elle méritait d'être relevée, car c'est l'une des rares fois qu'un auteur a conféré expressément à la notion de réduction sa véritable nature juridique de procédé technique de mise en œuvre du concept de nullité partielle.

(3) Cf. sur cette question : Bajotet, Les variations de l'incapacité du mineur à raison de son âge, thèse Dijon, 1941 ; Rousseau, De la succession testamentaire du mineur de plus de 16 ans, thèse Paris, 1933 ; Tallon, J. Cl. Civ., art. 903-904 ; note Lerebours-Pigeonnière au D.P., 1935.II.9 ; note Radouant au D.P., 1927.I.65.

190. - (1) Article 481, al. 1 nouveau.

« A l'égard des obligations qu'il aurait contractées par voie d'achats ou autrement, elles seront réductibles en cas d'excès... »

L'étude de cette hypothèse de réduction présente donc un intérêt essentiellement historique (2), bien que le régime nouveau ne se soit pas appliqué immédiatement à tous les mineurs émancipés. Ceux qui l'avaient été avant la réforme sont restés soumis au régime ancien (3). Le fondement originaire de l'article 484, al. 2 ancien résidait dans le fait que :

« Sans dépasser, en droit, les limites de sa capacité, (le mineur émancipé) peut dépasser en fait le chiffre de ses revenus, se grever d'obligations trop lourdes et finalement se ruiner » (4) (5).

La mesure de la réduction était laissée à l'appréciation des juges, guidés par un certain nombre de critères indiqués par l'article 484, al. 2. En pratique, la jurisprudence a fait preuve d'une grande souplesse dans l'application de la sanction. En fait de réduction des obligations, elle a quelquefois annulé purement et simplement le contrat, lorsqu'elle a estimé qu'il était excessif dans son intégralité (6). Dans d'autres hypothèses, elle a admis que telle clause particulière seulement était préjudiciable au mineur. Au lieu de réduire un *quantum*, elle a alors annulé la seule clause en question (7). N'avons-nous pas là, une fois de plus, la preuve flagrante que la nullité totale, la nullité d'une clause et la réduction d'un *quantum* participent de la même nature juridique, puisque la sanction d'une disposition législative unique peut revêtir indifféremment, selon les circonstances, l'une quelconque de ces trois formes ? Le plus souvent, cependant, la sanction de cette incapacité se présente sous l'aspect d'une réduction du prix à payer (8), soit parce que la contre-prestation en nature est indi-

190. - (2) Sur l'extension de l'article 484, al. 2 ancien, au prodigue et au faible d'esprit, cf. *infra*, n° 191.

(3) Article 14 de la loi du 14 décembre 1964, D. 1965, Leg., p. 9.

(4) RIPERT et BOULANGER, t. I, n° 2760.

(5) En réalité, la jurisprudence appliquait également ce texte aux actes que le mineur était, en droit, incapable de faire sans l'assistance du curateur. Cf. sur ce point : PERRIN, *op. cit.*, pp. 30 ss. ; BLANC, Théorie de la réduction des engagements contractés par le mineur émancipé, thèse Lyon, 1912, en particulier pp. 76 ss. ; CALAIS-AULOY, J. Cl. Civ., art. 476 à 487, n°s 181 ss. et 240, et les références citées par ces auteurs. Vu le peu d'intérêt que cette interprétation jurisprudentielle présente à l'heure actuelle, nous ne nous arrêterons pas à l'examen de son bien-fondé.

(6) Cf. par exemple : Req., 10 février 1890, S. 1893.I.463, D.P., 1891.I.292. V° également MARTY et RAYNAUD, t. I, n° 872, 2e éd. ; PERRIN, *op. cit.*, pp. 36 ss. Au sujet de l'expression « réduction totale », employée également dans cette hypothèse, cf. *supra*, note 4 n° 184.

(7) Cf. Req., 29 juin 1857, D.P., 1858.I.33 ; Paris, 29 mai 1886, G.P., 1887.I.41. V° sur ce point : BLANC, *op. cit.*, pp. 93 ss.

(8) Cf. Req., 21 août 1882 (motifs), D.P., 1883.I.339, S. 1883.I.113, note Ch. LYON-CAEN. La jurisprudence réduisant ainsi le montant de la presta-

visible, soit parce qu'elle n'existe plus, ayant été consommée ou dissipée. On pourrait croire que, dans cette mesure, l'examen de cette hypothèse devrait relever de l'étude de la réduction des prix excessifs (9). Il n'en est rien. Si le prix à payer est effectivement réduit dans cette hypothèse, ce n'est pas en tant que prix excessif, mais en tant qu'obligation en valeur, appréciée en elle-même, indépendamment de toute idée de contre-prestation et d'équivalence qu'implique le concept de prix. Il se pourra que le prix réclamé par le cocontractant du mineur ait été parfaitement normal et justifié (10). Ce qu'on réduit, c'est l'obligation du mineur, en raison de son incapacité partielle. Il se trouve simplement que l'objet de cette obligation est, cette fois, une somme d'argent, alors que dans les hypothèses précédentes de réduction de l'« objet », celui-ci était constitué par une masse de biens comprenant, éventuellement, toutes sortes de choses : immeubles, meubles meublants, valeurs mobilières, etc... Il s'agit donc bien d'un cas de réduction de l'objet de l'obligation, et non du prix en tant que tel, au même titre que la réduction d'une libéralité en numéraire excessive est une réduction de l'objet et non pas — cela est évident — du prix.

3) La réduction des engagements excessifs des « majeurs sous la sauvegarde de justice » et des « majeurs en curatelle ».

191. — Avant la loi du 3 janvier 1968 (1), la réduction des engagements excessifs du prodigue et du faible d'esprit n'était prévue par aucun texte. Elle est une création jurisprudentielle (2). En effet, après quelques hésitations (3), les tribunaux se sont reconnus le droit de réduire les engagements du prodigue ou du faible d'esprit, appliquant par analogie — mais sans le reconnaître expressément — l'article 484, al. 2 ancien, relatif au mineur émancipé (4). Cette solu-

tion pécuniaire de l'incapable est abondante surtout en ce qui concerne les actes du prodigue, auxquels les mêmes règles sont applicables : cf. *infra*, n° 191 et les références en note 7.

190. - (9) Cf. *infra*, chapitre III, n°s 224 ss.

(10) La réduction des engagements excessifs du mineur se distingue en cela de la lésion.

191. - (1) J.C.P., 1968.III, n° 33784, D. 1968, Lég., p. 74.

(2) Sur l'ensemble de la question, *v°* par exemple : Vincens, De la condition du prodigue dans le droit civil français, thèse Montpellier, 1930 ; Clément, Le problème de la prodigalité et son évolution dans la jurisprudence, thèse Lille, 1934 ; Perrin, *op. cit.*, pp. 43 ss.

(3) Cf. Civ., 1er août 1860, D.P., 1860.I.316, S. 1860.I.929 ; Civ., 2 décembre 1885, D.P., 1886.I.128 : ces arrêts se sont prononcés pour la nullité totale.

(4) Cf. Paris, 29 décembre 1877, D.P., 1878.II.160, S. 1879.II.299 ; Besançon, 7 août 1889, D.P., 1890.II.64 ; Paris, 2 décembre 1904, D.P., 1905.II.385 ;

tion était approuvée par la majorité des auteurs (5). De fait, la réduction est une sanction très opportune, conforme aussi bien à l'esprit du législateur de 1804 (6) qu'à celui de l'institution elle-même. Si le juge peut annuler totalement, ne peut-il pas, *a fortiori*, ne le faire que partiellement, si cela constitue une sanction efficace et suffisante (7) ? Ces solutions jurisprudentielles ont été consacrées par la loi du 3 janvier 1968 qui stipule (art. 491-2 nouveau du Code civil, relatif au régime des « majeurs sous la sauvegarde de justice ») :

> « Toutefois, les actes qu'il a passés et les engagements qu'il a contractés pourront être rescindés pour simple lésion ou RÉDUITS EN CAS D'EXCÈS lors même qu'ils ne pourraient être annulés en vertu de l'article 489. »

L'article 510-3 nouveau du Code civil prescrit la même sanction pour les actes passés par les « majeurs en curatelle » (anciens prodigues ou faibles d'esprit : art. 4 de la loi).

Section II

LA REDUCTION POUR INCAPACITE DE RECEVOIR

192. — Les incapacités de recevoir, et à plus forte raison les incapacités partielles de recevoir, sont nettement plus rares en pratique que les incapacités de disposer. On peut cependant citer deux séries d'exemples, contenus dans le Code civil : les articles 908 et 909.

> « Les enfants naturels légalement reconnus, dit le premier texte, ne pourront rien recevoir par donation entre vifs au-delà de ce qui leur est accordé au titre des successions...

T.C. Seine, 4 mai 1922, S. 1922.II.104 ; T.C. Seine, 4 avril 1938 (motifs), D.H., 1938, p. 477.

191. - (5) Cf. RIPERT et BOULANGER, t. I, n° 2760 ; MARTY et RAYNAUD, t. I, n° 908, p. 1136 ; H., L. et J. MAZEAUD, t. I, n° 1399 ; Planiol et Ripert, t. I, par R. et J. SAVATIER, n° 761 ; PERRIN, *op. cit.*, p. 50. *Contra :* LAURENT, t. V, n° 371, p. 459 ; BAUDRY-LACANTINERIE, CHÉNEAUX et BONNECARRÈRE, t. V, n° 1016 *in fine*.

(6) Dans les travaux préparatoires du Code civil, l'assimilation du prodigue au mineur émancipé est préconisée : cf. FENET, t. X, p. 766.

(7) S'agissant des modalités de la sanction, on peut renvoyer à ce qui a été dit au numéro précédent au sujet du mineur émancipé. Il peut y avoir nullité totale de l'acte, nullité d'une clause ou réduction proprement dite. Cette dernière portera souvent sur le prix. Cf. Paris, 29 décembre 1877, D.P., 1878.II.160, S. 1879.II.299 ; Besançon, 7 août 1889, D.P., 1890.II.64 ; T.C. Nîmes, 17 janvier 1895, G.P., 1895.I.642 ; Paris, 2 décem- 1904, D.P., 1905.II.385 ; T.C. Seine, 4 mai 1922, S. 1922.II.104 ; T.C. Seine, 4 avril 1938 (motifs), D.H., 1938, p. 477. Cela n'empêche qu'il s'agisse de réduction de l'objet de l'obligation du prodigue, partiellement incapable, et non de réduction du prix en tant que tel.

Le père ou la mère qui les ont reconnus pourront leur léguer tout ou partie de la quotité disponible, sans toutefois qu'en aucun cas, lorsqu'ils se trouvent en concours avec les descendants légitimes, un enfant naturel puisse recevoir plus qu'une part d'enfant légitime le moins prenant.

Les enfants adultérins ou incestueux ne pourront rien recevoir par donation entre vifs ou par testament au-delà de ce qui leur est accordé par les articles 762, 763 et 764. »

« Les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, dispose l'article 909, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie.

Sont exceptées :

1° Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus;...

Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte. »

Etudions successivement les différentes hypothèses de réduction auxquelles ces deux textes donnent lieu.

1) Les enfants naturels reconnus.

193. — Les deux premiers alinéas de l'article 908 concernent les enfants naturels reconnus. Leur capacité de recevoir est variable selon qu'il s'agit de legs ou de donations entre vifs. Mais dans les deux hypothèses, les libéralités ne doivent pas excéder un certain maximum. Si cette limite est dépassée, les tribunaux réduisent la libéralité litigieuse dans la mesure de ce qui est excessif (1). Cette réduction, très proche de celle qui sanctionne l'atteinte à la réserve, a été admise sans difficultés. Une controverse s'est élevée, cependant, au sujet de la conciliation entre les articles 908 et 911. Ce dernier stipule, dans son alinéa 1er :

« Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. »

Quelle est la signification profonde de ce texte ? Deux interprétations sont possibles. On peut estimer qu'il institue une sanction particulièrement énergique à l'encontre des libéralités qui tendraient à réaliser de façon déguisée ce qu'il n'est pas permis de faire directement. De telles libéralités ne sont-elles pas nécessairement frauduleuses puisqu'elles tendent à tourner une incapacité légale ? Par ailleurs, le texte est trop clair pour pouvoir prêter à discussion. Donc une telle libéralité est toujours intégralement nulle. Telle est l'opinion de

193. - (1) Cf. par exemple, Paris, 6 août 1872, D.P., 1874.II.94.

la doctrine (2) et de la jurisprudence (3) dominantes. Elle nous paraît cependant contestable. Toute libéralité faite au profit d'un incapable est, en principe, nulle. Et l'article 911, al. 1er n'est qu'une répétition pure et simple de la règle générale. Mais quelle est alors l'utilité d'une telle répétition ? Il est permis de penser que l'alinéa 1er de l'article 911 sert essentiellement de prologue à l'alinéa 2, qui apporte une innovation très importante, puisqu'il crée des présomptions irréfragables d'interposition de personnes. Pour que l'article 911, pris dans son ensemble, forme une disposition harmonieuse et autonome, l'alinéa 2, exorbitant du droit commun, devait logiquement être précédé d'une réaffirmation de la règle de la nullité pour le genre de libéralités que concerne l'innovation. Dans cette interprétation, les libéralités déguisées ou par personnes interposées sont, comme toute autre libéralité, seulement réductibles lorsque l'incapacité de leur bénéficiaire n'est que partielle. D'ailleurs, l'alinéa 1 vise l'incapable. Cela ne suppose-t-il pas que cette incapacité soit totale ? Outre ces raisons de pure exégèse, on peut encore relever qu'aucun argument rationnel dirimant ne milite en faveur de la nullité totale en toute hypothèse. Dans la mesure où elles ne sont pas frauduleuses, il n'y a aucune raison déterminante de sanctionner plus sévèrement les donations déguisées ou par personne interposée que les autres (4).

2) Les enfants naturels simples non reconnus.

194. — Cette catégorie d'enfants naturels n'est pas prévue par les textes précités. Ils sont, aux yeux de la loi, des étrangers par rapport à leurs parents. Mais vont-ils, de ce fait, pouvoir bénéficier de libéralités plus larges que s'ils avaient été reconnus ? L'admission d'un tel résultat eût été paradoxale. En réalité, la jurisprudence a très vite opté pour la réductibilité, par analogie avec les dispositions de l'article 908, sous réserve de la question de la preuve intrinsèque (1).

193. - (2) Cf. Planiol et Ripert, t. V, par Trasbot et Loussouarn, n° 254, et les nombreuses références citées en note 2, pp. 348-349.

(3) Cf. Bordeaux, 12 juin 1876, S. 1877.II.12 ; Limoges, 27 décembre 1898, D.P., 1901.II.286 ; Douai, 6 avril 1914, S. 1915.II.48 ; Douai, 6 juillet 1932, S. 1933.II.47. Un arrêt de la Cour de cassation du 24 février 1959 (Bull., 1959.I, n° 119, p. 100) a cependant admis que l'article 911 ne posait pas une présomption absolument irréfragable de nullité : il a reconnu qu'une libéralité alimentaire faite à un enfant adultérin par personne interposée était valable. Si la règle contenue dans ce texte n'est pas absolue quant au principe même de la nullité, il n'y a pas tellement de raisons qu'elle le soit quant à l'étendue de la nullité.

(4) La démonstration de cette proposition est magistralement faite par M. Dagot, *op. cit.*, p. 198.

194. - (1) Sur l'origine de cette exigence de la preuve intrinsèque, cf. la chronique, Brackers d'Hugo, Les libéralités au profit d'enfants adultérins ou incestueux, G.P., 1958.II, Doctr., p. 20.

Un arrêt ancien de la Cour de Nîmes du 2 mai 1837 (2), approuvé par la Cour suprême le 7 décembre 1840 (3), est particulièrement clair sur ce point :

> « une libéralité faite au profit d'un enfant naturel... est, quant à ce qu'elle a d'excessif, contraire à la loi... ; sous ce rapport, la cause est illicite et ne peut ni soutenir ni autoriser la disposition dans son excès ; il y a lieu, dans un pareil cas, de prononcer son annulation partielle pour la ramener dans les limites où la cause reste licite ; il n'importe nullement que le légataire n'ait pas été reconnu légalement, dès lors qu'il s'agit... d'annuler la disposition... à raison du vice qui infecte la cause. »

A défaut de texte, c'est donc, une fois de plus, la notion de cause qui est invoquée. Il est à remarquer que la nullité partielle est ici explicitement fondée sur une illicéité partielle de la cause, ce qui est très rare (4). Mais en restant sur le plan des règles de capacité, la même solution eût pu être adoptée. Il n'y a, en effet, aucune raison pour que les enfants naturels simples non reconnus soient avantagés ou pénalisés par rapport à ceux qui ont été reconnus. Leur capacité de recevoir ne doit pas dépendre du bon vouloir ou de la diligence de leurs auteurs. Lorsque la preuve de la filiation résulte de l'acte, la réduction à ce qu'il est permis de donner à un enfant naturel reconnu constitue la sanction nécessaire et suffisante.

3) Les enfants adultérins ou incestueux.

195. — Ils ne peuvent, aux termes de l'article 908, al. 3, recevoir que ce qui leur est accordé par les articles 762, 763 et 764 du Code civil, c'est-à-dire des aliments. La jurisprudence n'a eu que rarement à appliquer cette disposition, du fait de l'exigence de la preuve intrinsèque du lien de filiation adultérine ou incestueuse (1). Lorsque cette preuve est rapportée, les tribunaux valident, conformément au texte, les libéralités auxquelles le caractère alimentaire peut être reconnu (2). Et il semble qu'ils se montrent assez larges dans leur appréciation. Mais qu'en est-il des libéralités qui excèdent les limites

194. - (2) Rép. D., *v°* Paternité et Filiation, n° 539-1°. Dans le même sens : Paris, 11 août 1866, D. 1866.II.168 ; Caen, 11 décembre 1876, S. 1877.II.8. *Contra :* Nîmes, 1er février 1843, Rep. D., précité, même référence.

(3) D. 1841.I.44.

(4) M. Malaury, *op. cit.*, pp. 235-236, approuve pleinement le raisonnement fondé sur la notion de cause.

195. - (1) Cf. sur ce point la chronique Brackers d'Hugo précitée, G.P., 1938.II, Doct., p. 20, et l'article sur la condition juridique des enfants adultérins, signé Colette Saujot, R.T.D. Civ., 1956, p. 443.

(2) Cf. par exemple : Amiens, 16 mars 1843, D. 1846.I.342 ; Limoges, 5 mars 1923, S. 1923.II.74. Un arrêt de la Chambre civile du 24 février 1959, Bull., 1959.I., n° 119, p. 100, a admis qu'une libéralité alimentaire était valable même s'il y a eu déguisement ou interposition de personne. Cette solution, vu l'interprétation dominante de l'article 911, est remarquable.

de ce caractère ? Les auteurs estiment généralement que, dans ce cas, les libéralités ne sont pas seulement réductibles, mais entièrement nulles (3). La jurisprudence semble plus nuancée. Elle affirme, certes, que les libéralités faites à des enfants adultérins ou incestueux sont nulles lorsque la preuve intrinsèque du lien de filiation, c'est-à-dire de la cause illicite, est rapportée. Mais c'est, le plus souvent, pour refuser cette nullité, cette preuve faisant défaut. Lorsque, au contraire ; cette preuve intrinsèque existe, deux situations paraissent devoir être distinguées. Si aucun caractère alimentaire, même partiel, ne peut être reconnu à la libéralité, sa nullité ne peut être que totale (4). Or, il est admis que les juges ont un pouvoir d'appréciation souverain sur ce point et, en particulier, qu'ils ne sont pas tenus par les termes employés par l'auteur de la libéralité. Ainsi, si l'enfant naturel est adulte et en bonne santé, donc s'il est capable de subvenir normalement à ses besoins, la qualification de libéralité alimentaire ne pourra être retenue. Si, au contraire, l'enfant est mineur ou infirme, s'il a un besoin d'aliments, va-t-on le priver totalement de la libéralité pour la simple raison que celle-ci excède le cadre alimentaire ? Cette solution, trop inique, n'est nullement commandée par l'article 908, al. 3. En disant que les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent « rien recevoir... au-delà de ce qui... », ce texte ne suggère-t-il pas que la sanction doit être la réduction à la limite de ce qui peut être considéré comme des aliments « eu égard aux facultés des père et mère, au nombre et à la qualité des héritiers » (5) ? Un courant jurisprudentiel relativement important a été sensible à ces arguments (6). Il semble devoir être pleinement approuvé. Certes, cette solution n'est possible que lorsque la libéralité peut être qualifiée d'alimentaire, du moins en partie. Mais il y a tout lieu de croire que les juges adopteront précisément cette qualification chaque fois que l'enfant adultérin ou incestueux aura un besoin d'aliments (7).

195. - (3) V°, entre autres, Planiol et Ripert, t. V, par Trasbot et Loussouarn, note 3, p. 346 ; Trasbot, Encycl. D., Disposition à titre gratuit, n° 866 ; Dutheillet-Lamonthezie, J. Cl. Civ., art. 908, n° 33. (Ce dernier auteur semble pourtant se contredire au n° 64.) *Contra :* R. Savatier, R.T.D. Civ., 1968, p. 571.

(4) Cf. Civ., 13 avril 1956 (motifs), D. 1956, p. 506 et les nombreuses références citées en note ; T.G.I. Seine, 14 décembre 1967, G.P., 1968.I.181, note Veliot, R.T.D.Civ., 1968, p. 571, obs. Savatier.

(5) Art. 763.

(6) Cf. Civ., 4 janvier 1832, S. 1832.I.146 ; T.C. Seine, 16 décembre 1933, R.T.D.Civ., 1934, p. 652, obs. Savatier ; Paris, 10 janvier 1936, DH., 1936, p. 169, G.P., 1936.I.585, Rép. gén. not., 1936, art. 24491, R.T.D.Civ., 1936, p. 526, obs. Savatier.

(7) La question paraît cependant délicate en ce qui concerne les legs universels ou à titre universel. Peut-on leur reconnaître un caractère alimentaire ? M. R. Savatier n'y semble pas hostile (cf. obs. précitées, R.T.D.Civ., 1968, p. 571), non plus que le Tribunal de grande instance de la Seine

Cette hypothèse de réduction ne présente qu'un intérêt théorique limité, puisque l'enfant en question, s'il a réellement un besoin alimentaire, pourra réclamer ces aliments à la succession. En pratique, pourtant, il peut être plus avantageux de les prélever sur une libéralité. En effet, la succession peut être déficitaire ; et même s'il n'en est rien, il est permis de penser que l'enfant obtiendra plus, en fin de compte, s'il y a réduction d'une libéralité que s'il doit réclamer directement des aliments aux héritiers.

4) Les médecins et ministres du culte.

196. — Les libéralités faites au profit des médecins (1) par leurs clients et des ministres du culte par leurs administrés, pendant leur dernière maladie, sont nulles en raison d'une présomption irréfragable de captation. L'article 909, al. 2 admet, cependant, des exceptions, notamment pour les libéralités à titre particulier possédant un caractère rémunératoire. Un problème de qualification, analogue à celui qui se posait au sujet des libéralités faites à des enfants adultérins ou incestueux, doit donc être résolu en premier lieu. En l'absence de circonstances particulières, il est permis de penser que les juges admettront facilement la qualification de libéralité rémunératoire. Le texte, pourtant, n'autorise de telles libéralités que si leur montant n'est pas disproportionné par rapport « aux facultés du disposant et aux services rendus ». Une fois de plus, un problème de réductibilité se pose. La jurisprudence l'a résolu positivement, tirant de l'article 909 la conclusion qui s'imposait. Ainsi, dès le 13 août 1844, la Chambre civile casse un arrêt d'une Cour d'appel qui avait annulé totalement une libéralité faite à un médecin et n'avait accordé à ce dernier que ses honoraires (2).

> « Attendu, dit la Cour suprême, qu'il ne pouvait prononcer d'une manière absolue la nullité d'une disposition rémunératoire que la loi autorise eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus ; qu'en décidant que S. père était incapable de rien recevoir de la demoiselle D. à titre gratuit, et en se bornant à condamner les légataires universels au paiement de la créance de S. père pour soins donnés comme médecin, au lieu de consacrer dans une juste proportion la disposition qu'il reconnaissait avoir été faite à titre

qui, dans son jugement précité du 14 décembre 1967, prend soin de préciser que le caractère alimentaire du legs universel litigieux n'était pas allégué.

196. - (1) L'article 909 cite également les pharmaciens. Cependant, depuis qu'ils ne « traitent » plus les malades, mais se contentent de préparer et de vendre des médicaments, ce texte ne leur est plus applicable en fait.

(2) S. 1844.I.170. V°, dans le même sens, pour une libéralité faite à un ministre du culte : Req., 21 avril 1913, D.P., 1913.I.421. Cf. Trasbot, Encycl., D., Disposition à titre gratuit, n°s 782 ss.

rémunératoire, l'arrêt attaqué a faussement appliqué le § 1er de l'article 909... »

CONCLUSION

197. — Tels sont les principaux cas dans lesquels, l'objet d'une obligation excédant certaines limites posées par la loi, une libéralité ou une convention, au lieu d'être annulée purement et simplement, est réduite à de plus justes proportions (1).

Les solutions ne sont pourtant pas parfaitement homogènes. Lorsque le législateur n'a pas clairement prévu une telle réduction, les tribunaux hésitent parfois à adopter cette sanction. Cette timidité est regrettable. Elle tire son origine d'une analyse doctrinale insuffisante de la nature juridique du concept de réduction et de sa signification réelle (2).

197. - (1) On pourrait rattacher à cette idée de réduction de l'objet d'une obligation le cas prévu aux articles 2013 et 2161 du Code civil : réduction des constitutions excessives de sûretés (respectivement : cautionnement et hypothèque). Mais le fondement de ces textes serait plutôt l'absence partielle de cause que l'incapacité. V° également : la réduction du droit de préférence des éditeurs sur les œuvres futures des auteurs, examinée *infra*, n° 216, et la chronique M. Lindon au D. 1968, p. 53.

(2) Cf. *infra*, IIe partie, nos 315 ss.

CHAPITRE II

La réduction de la durée d'une convention.

198. — La durée des conventions n'est que rarement laissée à la discrétion des parties. Tantôt c'est une réglementation particulière qui régit telle hypothèse, tantôt ce sont les principes généraux du droit qui viennent poser des limites à la liberté contractuelle. Deux exceptions mises à part (1), il s'agit toujours d'empêcher que les individus ne se trouvent liés pour un temps exagérément long. L'idée fondamentale qui domine l'ensemble de ce problème c'est que l'homme n'est pas libre d'aliéner sa propre liberté. Les hypothèses dans lesquelles les individus transgressent les limites posées par le droit sont nombreuses.

Etant donné que le seul vice des conventions en question réside dans le caractère excessif de leur durée, on pourrait penser que la sanction de ce vice ne peut être que la réduction de cette durée, c'est-à-dire la nullité dans la mesure de l'excès. La réalité, pourtant, est beaucoup moins simple. En pratique, le problème se pose à deux niveaux différents. Tantôt il s'agit de savoir, sur le plan des principes généraux, quelle est la valeur d'un engagement perpétuel ou viager et quelle est, le cas échéant, sa sanction. Tantôt le problème se pose à propos de certaines clauses ou conventions particulières dont la durée ne peut excéder certaines limites fixées par la loi ou par la jurisprudence.

198. - (1) Cas du bail rural et du bail commercial, dont la durée minimum est de neuf ans : cf. à ce sujet *supra*, n° 127.

Section I

LE PROBLEME GENERAL DE L'ENGAGEMENT PERPETUEL OU VIAGER

199. — Le principe selon lequel on ne peut s'engager pour une durée illimitée est général (1). Certains contrats, cependant, sont par nature même viagers. D'autres doivent être inscrits dans des limites plus étroites. Parmi ces derniers, il y a lieu de citer principalement le contrat de travail et le contrat de bail (2). Pour le premier, l'article 1780, al. 1er du Code civil, dont le contenu se retrouve textuellement dans l'article 20, Livre Ier, du Code du travail, est explicite :

> « On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. »

Quant au second, son caractère nécessairement temporaire peut être déduit de l'article 1709 du Code civil :

> « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant UN CERTAIN TEMPS,... »

199. - (1) L'engagement perpétuel doit être soigneusement distingué de l'engagement à durée indéterminée, qui est caractérisé par la possibilité laissée aux parties de mettre fin à tout moment au contrat moyennant un certain préavis. Un tel engagement est valable en toute hypothèse. Il n'en sera donc pas question dans nos développements.

(2) Mais le problème peut, éventuellement, se poser également à propos d'autres contrats. Ainsi, LE MANDAT D'INTÉRÊT COMMUN n'est pas révocable *ad nutum*, contrairement au mandat des articles 2004 ss. S'il était stipulé pour une durée illimitée ou excessivement longue, il serait certainement attaquable (cf. Civ., 5 mars 1968, D. 1968, p. 624, J.C.P., 1968, n° 15523, obs. R. L., R.T.D.Civ., 1968, p. 560, obs. CORNU). La solution consisterait dans une réduction à une durée raisonnable (comp. *infra*, nos 219 à 223). La question de la durée pourrait également prêter à litige en matière de PROMESSE DE VENTE. Une promesse de courte durée est licite. Si la durée est indéterminée, le promettant peut, après viagère, ou pour un temps exagérément long, sa validité serait douteuse. d'opter. Mais si la promesse était stipulée pour une durée illimitée ou viagère, ou pour un temps exagérément long. sa validité serait douteuse. Mais faudrait-il, alors, l'annuler ou la réduire ? La question ne semble pas avoir été soulevée devant les tribunaux. Il nous semble que c'est la seconde solution qui serait préférable, par analogie avec ce que la jurisprudence décide en matière de clauses de non-concurrence (*infra*, nos 219-220) et d'exclusivité (*infra*, n° 221) et avec ce que nous préconisons en matière de clauses d'inaliénabilité (*infra*, n° 222). Pour les SOCIÉTÉS COMMERCIALES, enfin, l'article 2 de la loi du 24 juillet 1966 stipule que leur durée « ne peut excéder 99 ans ». Si une durée plus longue était prévue, elle devrait très certainement être réduite. (En ce sens : BASTIAN, La réforme du droit des sociétés, J.C.P., 1967, n° 2121, en particulier n° 114). Mais de toute façon, ce vice pourrait être réparé en cas de litige, en vertu des articles 360 ss. de la loi.

§ 1. — La durée du bail.

200. — La jurisprudence n'a jamais admis qu'un bail puisse avoir une durée illimitée. Elle se montre même particulièrement vigilante sur ce point, sanctionnant également les contrats dans lesquels le caractère illimité n'apparaît qu'indirectement. C'est ainsi que les tribunaux ont annulé des baux apparemment conclus pour une durée déterminée, parce que le preneur seul avait la faculté de les faire cesser ou parce que le bailleur s'engageait à ne pas donner congé (1). En pratique, la jurisprudence a d'ailleurs eu beaucoup plus souvent à statuer sur de tels contrats, assortis de clauses conférant indirectement une durée illimitée, que sur des contrats directement stipulés perpétuels.

Quelle est la sanction appliquée ? Le seul vice résidant dans le caractère illimité de ces baux, ne convient-il pas de supprimer simplement cet excès en réduisant la durée ? Telle est effectivement l'attitude adoptée par certaines juridictions (2), en particulier par la Cour suprême dans un arrêt du 22 novembre 1932 (3) :

> « Attendu que ce texte (décret des 18-29 décembre 1790, art. 1) limite à 99 ans la durée maximum des baux même emphythéotiques et que sa disposition est applicable, à plus forte raison, aux baux ordinaires ; que la durée d'un bail, quand il a été conclu pour un nombre d'années excédant 99 doit être ramenée à la limite extrême permise par la loi... »

Quelques auteurs (4) se prononcent également en faveur de cette solution. Mais la jurisprudence dominante (5) est en sens contraire.

200. - (1) Cf. Civ., 7 mai 1951, Bull., 1951.I, n° 136, p. 108 ; Soc., 17 décembre 1953, Bull., 1953.IV, n° 807, p. 580 ; Soc., 29 mai 1954, D. 1954, p. 640 ; T.G.I. Seine, 26 avril 1963, G.P., 1963.II.265, D. 1964, Somm., p. 29 ; Paris, 23 décembre 1967, J.C.P., 1968 n° 15552. Un bail viager, conclu pour la durée de la vie du locataire, semble ne pas devoir tomber sous le coup de l'article 1709 : cf. Civ., 4 avril 1968, Bull., 1968.IV, n° 150, p. 120.

(2) Cf. Grenoble, 11 mai 1897, D.P., 1898.II.428 ; Rennes, 24 novembre 1926, sous Civ., 20 mars 1929, D.P., 1930.I.13, note Voirin. Comp. Req., 6 décembre 1937, S. 1938.I.128, qui arrive au même résultat en se fondant sur l'interprétation de l'intention des parties.

(3) G.P., 1933.I.159, D.H., 1933, p. 51.

(4) Cf. note Voirin, précitée, au D.P., 1930.I.13 ; Aubry et Rau, 6e éd., par Esmein, t. V, § 364, p. 198. Comp. Planiol et Ripert, t. X, par Hamel, Givord et Tunc, n° 448, p. 576, *in fine*.

(5) Cf. Civ., 20 mars 1929, G.P., 1929.I.723, D.P., 1930.I.13, et, sur renvoi, Angers, 11 décembre 1930, G.P., 1931.I.130 ; T.C. Seine, 1er février 1936, G.P., 1936.I.673 ; Civ., 27 octobre 1936, G.P., 1936.II.900, S. 1937.I.15 ; Aix, 23 avril 1947, J.C.P., 1947.IV.155 ; Civ., 25 mai 1948, J.C.P., 1948.IV.105, Bull., 1948.I, n° 159, p. 483 ; Aix, 18 mai 1949, D. 1950, Somm., p. 15 ; T.C. Lyon, 29 décembre 1949, D. 1950, p. 311 ; Civ., 7 mai 1951, Bull., 1951.I, n° 136, p. 108 ; Soc., 17 décembre 1953, Bull. 1953.IV, n° 807, p. 580 ; Soc., 29 mai 1954, D. 1954, p. 640 ; T.G.I. Seine, 26 avril 1963, D. 1964, Somm., p. 29.

Lorsqu'un bail est perpétuel ou lorsque sa durée est laissée à la discrétion du preneur, elle annule le contrat tout entier (6). La motivation de ses décisions est variable.

1) La nullité totale fondée sur l'article 1172.

201. — Un certain nombre de décisions sont fondées, expressément ou implicitement, sur l'article 1172 du Code civil et sur son corollaire : la notion de condition impulsive et déterminante. Comme illustration de ce premier courant, l'arrêt de la Cour d'Angers du 11 décembre 1930 (1) est particulièrement typique :

> « Attendu qu'il est de prinripe que l'annulation de l'une des clauses d'un contrat à titre onéreux entraîne la nullité totale du contrat, qui, du fait de la suppression de l'un de ses éléments, cesse de répondre à la volonté des parties ; qu'aucune disposition spéciale de la loi ne fait exception à cette règle générale en ce qui concerne le contrat de bail, assorti de la clause illicite de perpétuité. »

Après s'être justifié ainsi en droit, l'arrêt poursuit, sur un plan plus concret :

> « que rien dans les autres clauses et conditions du contrat, ni dans les faits et circonstances de la cause ne permet de présumer que dans l'intention des parties, la durée perpétuelle du bail n'avait qu'un caractère accessoire ; que dès lors, à raison du caractère essentiel de la clause annulée, l'annulation doit être étendue au contrat tout entier. »

202. — Le recours à l'article 1172 dans cette hypothèse soulève un certain nombre de réflexions et d'objections.

Il y a lieu de s'interroger, tout d'abord, sur le principe même de l'applicabilité de ce texte. Il est unanimement admis, certes, qu'il concerne non seulement les conditions, mais toutes espèces de clauses. Son application n'est cependant concevable que lorsque la clause litigieuse est objectivement accessoire, c'est-à-dire lorsque la convention pourrait subsister en l'absence de la clause nulle. Au contraire, si, du fait de la nullité d'une clause, un élément essentiel du contrat

200. - (6) La Cour de Paris, dans son arrêt précité du 23 décembre 1967 (J.C.P., 1968, n° 15552), trouve dans les circonstances de l'espèce une façon originale de satisfaire l'équité tout en n'adoptant pas la solution de la réduction. Constatant que le bail perpétuel litigieux avait remplacé un précédent bail, dont la durée était indéterminée, elle déclare que le second bail constituait la cause de l'extinction du premier et que sa disparition rend plein effet au premier. Comp. cet effet extinctif du bail nul avec l'effet révocatoire d'un testament nul, *supra*, n°s 16-19.

201. - (1) G.P., 1931.I.130. Dans le même sens : T.C. Seine, 1er février 1936, G.P., 1936.I.673. V° également : Aix, 18 mai 1949, D. 1950, Somm., p. 15 ; T.C. Lyon, 29 décembre 1949, D. 1950, p. 311 ; Soc., 29 mai 1954, D. 1954, p. 640.

disparaît, celui-ci est nul intégralement et de façon « immédiate », sans qu'il soit nécessaire de faire appel à l'article 1172. Ainsi, lorsque dans une convention la clause concernant le prix ou l'objet est nulle, parce que ce prix est illicite ou cet objet immoral, personne ne songerait à recourir à l'article 1172 pour anéantir cette convention. N'en est-il pas de même lorsque la clause nulle fixe la durée du contrat ? La Cour d'Angers, dans son arrêt précité du 11 décembre 1930, précise expressément :

> « Qu'en principe la durée constitue, au même titre que la chose louée elle-même et le prix, l'un des éléments essentiels du bail (art. 1709) ;... que, par la suppression de la clause de perpétuité toute l'économie du bail se trouve atteinte ; »

N'y a-t-il pas contradiction flagrante entre ces attendus et ceux dans lesquels les magistrats s'interrogent sur le caractère essentiel ou accessoire de la clause de perpétuité ? L'origine de ces incertitudes réside, semble-t-il, dans le fait que, si un bail ne se conçoit pas sans une clause relative à l'objet et au prix, il n'en est pas de même pour la durée : en l'absence de clause expresse, le bail est considéré comme conclu pour une durée indéterminée. De ce fait, lorsque la clause relative à la durée est rayée du contrat, celui-ci n'est pas informe : il a encore, apparemment, tout pour être valable. Mais ce n'est là, précisément, qu'une apparence. En l'absence de clause, les parties ont effectivement voulu conclure un bail à durée indéterminée. Dans notre hypothèse, c'est une solution différente et illicite qu'elles ont choisie. Par conséquent, le contrat n'a plus de durée, même indéterminée. Le recours à l'article 1172 nous paraît donc injustifié dans ce cas.

Mais, en admettant même que le raisonnement fondé sur ce texte soit valable en son principe, les solutions adoptées ne sont pas pour autant irréprochables. En effet, la clause de perpétuité litigieuse a été, chaque fois, jugée essentielle dans l'intention des parties. Une telle uniformité des solutions n'est-elle pas suspecte ? Si quelquefois la durée perpétuelle, ou la clause qui aboutit indirectement au même résultat, peut avoir été une condition impulsive et déterminante pour les parties (1), n'est-il pas plus raisonnable de penser que les parties auraient cependant conclu le contrat, avec une durée réduite ou indéterminée, si elles avaient eu conscience du vice de perpétuité qui l'entachait ? Nous le croyons d'autant plus volontiers que, le plus souvent, c'est dans des clauses concernant la prorogation ou la résiliation du bail que les juges ont découvert le vice de perpétuité. Vraisemblablement les parties ne se seront nullement rendues compte du caractère indirectement perpétuel de leur convention. D'après le cri-

202. - (1) Cf. par ex. l'arrêt précité de la Ch. sociale du 29 mai 1954 au D. 1954, p. 640, qui est assez bien motivé sur ce point.

tère fondé sur l'intention des parties, l'article 1172, sous réserve qu'il fût applicable, aurait alors dû entraîner la nullité partielle du contrat. Si telle n'a pas été la solution retenue, c'est qu'elle est, en fait, impraticable, parce que la nullité de la clause fait disparaître un élément essentiel du contrat. On retrouve, par conséquent, la première critique.

Pourtant, que la clause de perpétuité soit l'une de celles auxquelles l'article 1172 est applicable ou un élément objectivement essentiel du contrat, la nullité totale de celui-ci n'en est pas pour autant justifiée. Le vice réside dans la perpétuité des conventions litigieuses, c'est-à-dire dans l'absence de limite de l'élément-durée. *A priori*, la seule sanction, nécessaire mais suffisante, serait donc la suppression du caractère illimité, en d'autres termes, la réduction à une durée restreinte. En pratique, cette sanction devrait revêtir deux formes différentes. Pour les clauses stipulant directement une durée illimitée, c'est une réduction proprement dite qu'il faudrait opérer (2). Lorsque ce n'est qu'indirectement qu'une clause rend le contrat perpétuel, il y aurait lieu de n'en annuler que les effets, dans la mesure où ceux-ci se produiraient au-delà de la durée maximum fixée dans l'hypothèse précédente, sans modifier extérieurement les dispositions du contrat (3). Quoiqu'il en soit, il ne semble pas que l'article 1172 puisse fournir une solution satisfaisante au problème de la sanction d'un bail à durée illimitée.

2) La nullité totale fondée sur l'article 1709.

203. — D'autres juridictions ont cherché une solution dans une direction différente. Un certain nombre de décisions (1) fondent, en effet, directement la nullité totale du contrat sur l'article 1709 du Code civil, dont il résulte que le louage des choses n'est valable que s'il est conclu pour « un certain temps ».

> « Attendu, dit la Chambre sociale dans son arrêt du 17 décembre 1953, que la nullité des clauses illicites d'un bail pour violation de l'article 1709 du Code civil entraîne l'annulation de ce bail et que le juge ne peut se borner à réduire à 99 ans la durée maximum de la location... »

202. - (2) Sur la possibilité de cette réduction, cf. *infra*, n°s 204-205.

(3) Sur cette technique particulière de mise en œuvre du concept de nullité partielle, cf. *infra*, chapitre IV, n°s 243 ss. L'arrêt précité de la Ch. civile du 22 novembre 1932, D.H., 1933, p. 51, G.P., 1933.I.159, constitue un exemple d'application de cette technique.

203. - (1) Cf. Civ., 27 octobre 1936, S. 1937.I.15 ; Civ., 7 mai 1951, Bull., 1951.I, n° 136, p. 108 ; Soc., 17 décembre 1953, Bull. 1953.IV, n° 807, p. 580 ; T.G.I., Seine, 26 avril 1963, D. 1964, Somm., p. 29, G.P., 1963.II.265 ; Paris, 23 décembre 1967, J.C.P., 1968, n° 15552.

Sur le plan de la technique juridique, ces décisions sont moins critiquables que les précédentes. Mais peut-on, pour autant, en approuver la solution ?

204. — Nous apercevons deux explications au moyen desquelles il serait possible de la justifier.

On peut se demander, en premier lieu, si la nullité totale découle de l'esprit, sinon de la lettre, de la loi ou si elle est exigée par un motif d'ordre public. Le texte de l'article 1709 ne nous paraît pas pouvoir être invoqué. Il se contente de mentionner accessoirement le caractère temporaire du louage des choses. On ne peut guère en tirer une indication concernant l'étendue ou les modalités de la sanction encourue en cas de violation. La nullité est-elle alors justifiée par les impératifs de l'ordre public, comme le prétend le Tribunal de grande instance de la Seine dans son jugement précité du 26 avril 1963 ? Ce qui est incontestablement prohibé par l'ordre public, c'est la perpétuité. Mais là s'arrêtent ses exigences. On voit mal en quoi l'ordre public serait mieux servi par une nullité totale que par une réduction. Bien au contraire, ne risque-t-on pas de faire le jeu d'un bailleur malhonnête en prononçant la nullité totale ? En concédant, par exemple, au preneur seul la faculté de résilier le bail, il exigera de ce dernier, en contrepartie de cette sécurité, un loyer peut-être plus élevé, tout en conservant en fait, par le biais de l'action en nullité, la possibilité de mettre fin au contrat. De tels agissements sont particulièrement à craindre dans le cadre de la législation actuelle des baux. La plupart des locataires sont si bien protégés, notamment grâce au droit au maintien dans les lieux et au droit au renouvellement, que les bailleurs mettent en œuvre toute leur ingéniosité pour se défendre et pour se ménager, en quelque sorte, une issue de secours. Celle de la nullité pour vice de perpétuité pourrait parfaitement faire leur affaire. Il leur suffira de se montrer bienveillants lors de la conclusion du contrat, suggérant discrètement à leur cocontractant, trop heureux, une clause tout en sa faveur et apparemment tout à fait inoffensive, pour disposer ensuite d'un moyen imparable de mettre un terme au contrat lorsqu'il aura cessé de leur convenir. N'est-il pas évident que l'ordre public exigerait plutôt la réduction que la nullité totale ?

Celle-ci se justifie-t-elle alors, plus simplement, par l'impuissance des tribunaux de fixer une limite précise au bail litigieux ? C'est là, en fin de compte, l'explication la plus vraisemblable. Pourtant, deux autres solutions sont concevables. La première serait la réduction de la durée du bail, ce que quelques décisions ont effectivement admis (1).

204. - (1) Cf. *supra*, n° 200 et les références citées en notes 2 et 3.

Elle est rejetée, sans motivation, par la jurisprudence dominante (2). Considère-t-elle comme abusif d'emprunter ainsi une limite à un cas très particulier : le bail emphythéotique (3) ? Certes, le procédé serait audacieux. Mais la jurisprudence ne se montre pas toujours d'une telle timidité. La seconde possibilité aurait pu consister en ce qu'on laissât subsister le bail avec une durée indéterminée, soit en appliquant l'article 1172 et en estimant que la clause fixant la durée n'est pas une condition impulsive et déterminante (4), soit en estimant que l'ordre public exige le maintien du bail. On pourrait objecter que, dans ce cas, le résultat est le même que si l'on avait prononcé la nullité, puisqu'un contrat à durée indéterminée est à tout moment résiliable. En réalité, il n'en est pas toujours ainsi, par suite, notamment, du droit au maintien dans les lieux et du droit au renouvellement, qui subsisteraient.

3) Solution proposée.

205. — En pratique, la solution la plus satisfaisante semble bien être la réduction de la durée. Les parties n'ayant pas voulu d'un contrat à durée indéterminée, il serait abusif de les mettre dans cette situation. Elles ont incontestablement voulu un contrat stable et de longue durée. Selon toute vraisemblance, la durée maximum dont on leur permettrait de convenir directement serait de 99 ans, par analogie avec le bail emphythéotique. Si elles excédaient cette limite, soit directement, en stipulant que le bail serait illimité, soit indirectement, par le jeu de clauses de renouvellement, prorogation ou non-résiliation, la sanction nécessaire et suffisante serait la réduction au maximum autorisé, selon les deux modalités exposées précédemment (1). On peut estimer, certes, que cette limite de 99 ans est elle-même trop large. Mais en l'état actuel du droit positif, elle constitue, pour le juge, le seul point de repère. Lui permettre de fixer une autre limite serait tomber dans l'arbitraire. C'est, en fin de compte, au législateur qu'il appartiendrait de fixer une limite plus restreinte, en précisant, pour couper court à toute discussion, que les baux de durée excessive seraient simplement réduits au maximum autorisé. Il suivrait en cela l'exemple d'un certain nombre de législations étrangères (2), qui fixent une durée maximum qui sert à la jurisprudence

204. - (2) Cf., en particulier, T.C. Lyon, 29 décembre 1949, D. 1950, p. 311 ; Soc., 17 décembre 1953, Bull., 1953.IV, n° 807, p. 580.
(3) Article 937, al. 2, du Code rural.
(4) Sur l'application de ce texte et sur son appréciation critique, cf. *supra*, n° 202.

205. - (1) Cf. *supra*, n° 202 *in fine*.
(2) Cf. les indications à ce sujet contenues dans la note de M. Voirin au D.P., 1930.I.13.

de critère pour la réduction en cas d'excès. Quoiqu'il en soit, la réduction constitue, en cette matière, une sanction plus satisfaisante que la nullité intégrale qu'aucun texte ni aucun principe n'exige et dont les conséquences sont iniques pour un locataire de bonne foi (3).

§ 2. — La durée du contrat de travail.

206. — Si un principe d'ordre public prohibe la perpétuité des baux, ce principe est plus impérieux encore en matière de contrats de travail, car, cette fois, une activité humaine — et la plus essentielle qui soit — est en cause. La prohibition de l'article 1780 est différente de celle de l'hypothèse précédente en ce qu'elle vise l'engagement à vie et non l'engagement perpétuel. Cependant, du fait qu'il s'agit précisément d'une activité humaine, engagements viager et perpétuel se confondent en réalité.

205. - (3) A propos du contrat de bail, il y a lieu de mentionner pour mémoire, bien qu'il ne s'agisse pas du problème de la perpétuité, quelques règles spéciales concernant sa durée. Ces règles posent généralement des limites beaucoup plus restreintes, dans des circonstances particulières. Nous avons déjà mentionné la durée minimum des baux ruraux et commerciaux (cf. *supra*, n° 127). L'article 481 ancien C. civ. disposait que le mineur émancipé ne pourrait passer des baux pour une durée excédant neuf ans. Ce texte était appliqué par analogie, au prodigue. En cas d'excès, la jurisprudence réduisait le bail au maximum autorisé. Mais ni la loi du 14 décembre 1964 relative au mineur émancipé, ni celle du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs ne contient une disposition de ce genre. Cependant, pour les majeurs « sous la sauvegarde de justice » ou « en curatelle », la réduction en cas d'excès prévue de façon générale par les art. 491-2 et 510-3 nouveaux C. civ. est certainement applicable au cas du bail. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, l'article 1429 C. civ. posait des limites analogues en ce qui concernait les baux consentis par le mari des biens de sa femme. On peut, d'ailleurs, se demander s'il s'agissait là d'un cas de nullité partielle par réduction ou d'une inopposabilité. Les termes employés par le texte étaient plutôt en faveur de la seconde interprétation. L'article 595, relatif aux baux consentis par un usufruitier, renvoyait aux règles régissant la durée des baux faits par le mari des biens de sa femme. L'article 1429, texte de référence, ayant été abrogé, le législateur de 1965 a simplement transposé les dispositions de l'ancien article 1429 pour en faire les alinéas 2 et 3 de l'article 595 nouveau. S'agissant des baux des biens des mineurs consentis par leur tuteur, l'article 1718, dans son ancienne rédaction, déclarait également applicable à ces baux les règles de l'article 1429. La loi du 13 juillet 1965 a substitué au renvoi à l'ancien article 1429 le renvoi au nouvel article 595. La situation reste donc inchangée. On peut citer également l'article 31 de la loi du 30 juin 1838 qui limitait au maximum de trois ans la durée des baux des biens des aliénés internés non interdits, texte abrogé par la loi précitée du 3 janvier 1968. Sur le conflit pouvant surgir entre de telles dispositions et celles prescrivant une durée minimum plus élevée, cf. *supra* la note 2 n° 127.

Comme dans l'hypothèse précédente, la jurisprudence sanctionne non seulement les contrats de travail dans lesquels le caractère viager est expressément stipulé et qui ne constituent, semble-t-il, qu'une hypothèse d'école, mais également ceux dont la durée, vu l'âge du travailleur, lie pratiquement celui-ci jusqu'à la fin de ses jours (1) ou qui contiennent une clause pénale ou un délai-congé tels que la faculté de résiliation est, en fait, paralysée (2). Une première constatation s'impose : aucun critère précis ne peut être tiré ni de la loi, ni de la jurisprudence, puisque telle stipulation de durée sera, le cas échéant, nulle ou valable selon l'âge du travailleur.

207. — Quelle est la sanction de la stipulation directe ou indirecte d'une durée excessive ? Les auteurs n'ont guère abordé ce problème. Paul Durand (1) estime qu'« il en résulte la nullité du contrat tout entier », sans justifier autrement sa position. En jurisprudence, la question de savoir s'il doit y avoir nullité totale ou réduction n'a, semble-t-il, même pas été soulevée. Cela s'explique d'ailleurs aisément. Tant que le contrat est exécuté de façon satisfaisante de part et d'autre, aucune des deux parties ne pensera ou n'aura intérêt à poser un tel problème, Si celui-ci se pose, c'est précisément toujours à un moment où l'une des parties a déjà rompu ou, du moins, envisage de rompre le contrat. Le seul enjeu du litige sera, le plus souvent, l'indemnité de rupture abusive. Parler de réduction n'a, dans ces conditions, guère de sens. Il n'est, d'une part, pas question de maintenir le contrat à l'avenir. Et d'autre part, pour le passé, il est indifférent qu'il y ait nullité totale ou réduction, car, en toute hypothèse, le salaire est dû pour le travail effectué (2). On pourrait imaginer, cependant, une hypothèse dans laquelle la réduction présenterait un réel intérêt. Il suffit de supposer un employeur qui, pour se débarrasser à bon compte d'un salarié auquel il ne peut rien reprocher qui justifie son renvoi, invoque la nullité de l'engagement viager. Si la nullité est prononcée, il ne devra, en principe, aucune indemnité au salarié licencié. S'il était possible de fixer une limite au contrat, la situation serait différente (3).

206. - (1) Cf. Paris, 20 juin 1826, S. 1825-1827.II.244 ; Civ., 19 décembre 1860, S. 1861.I.504, D.P., 1861.I.115 ; Lyon, 19 décembre 1867, S. 1868.II.258 ; Civ., 28 juin 1887, S. 1887.I.380. *A contrario :* Toulouse, 28 décembre 1892, S. 1893.II.209 et la note.

(2) Cf. T.C. Seine, 23 mai 1932, G.P., 1932.II.338, sous-note *b*).

207. - (1) Traité de droit du travail, t. II, avec le concours de M. Vitu, n° 171, p. 308.

(2) Cf. notamment : Civ., 28 juin 1887, S. 1887.I.380. V° également : J. Cl. Civ., art. 1780, fasc. V, n° 77.

(3) Mais on peut émettre des doutes sur la recevabilité même d'une telle action en nullité. La mauvaise foi serait évidente. La nullité des engagements viagers de l'article 1780, même si elle est fondée sur un principe d'ordre public, est une nullité de protection. Elle ne doit pouvoir

Quoiqu'il en soit, dans l'état actuel du droit positif, la réduction ne pourrait que difficilement être admise dans cette hypothèse, car aucun point de repère ne pourrait servir de guide au juge dans la fixation d'une durée réduite (4). D'ailleurs, avec la multiplication des conventions collectives, dont le champ d'application couvre presque tous les contrats de travail individuels, le problème de la durée excessive de ces contrats a perdu la majeure partie de son intérêt pratique. Le caractère relativement ancien de la jurisprudence en cette matière confirme cette observation. Si, à l'heure actuelle, une clause quelconque rendait directement ou indirectement le contrat viager, elle serait nulle et la disposition correspondante prévue par la convention collective serait applicable. La nullité ne serait donc que partielle (5).

Section II

CAS PARTICULIERS DE CONVENTIONS A DUREE LIMITEE

208. — Les hypothèses d'actes juridiques dont la durée est limitée sont extrêmement nombreuses dans notre droit positif. Le Code civil lui-même en offre un certain nombre d'exemples dans ses articles 815, 1026, 1660, etc... (1). De telles limitations se trouvent également dans des textes non codifiés. Enfin, la jurisprudence, en l'absence de toute disposition législative, a quelquefois eu à statuer sur l'étendue de la nullité de certaines stipulations excessives quant à leur durée et, de ce fait, contraires à certains principes généraux du droit. Il s'agit d'ailleurs plus souvent de clauses accessoires que d'actes juridiques autonomes.

Nous n'examinerons ici que les cas les plus courants et les plus intéressants, en distinguant ceux pour lesquels la durée est réglementée par un texte législatif de ceux qui sont d'origine purement prétorienne.

être invoquée que par celui qui bénéficie de cette protection. Sur le rôle de la notion de bonne foi en cette matière, cf. *infra*, II[e] partie, n[os] 383 ss.

207. - (4) En droit allemand, le contrat de travail à durée déterminée est limité à cinq ans. En France, la Société d'études législatives avait proposé d'introduire une telle limite dans notre législation (cf. Bull. Soc. Et. Législ., 1928, p. 146 ; Paul Durand, Traité de droit du travail, *loc. cit.*). Si un tel texte existait en droit positif, la réduction ne poserait plus guère de problème.

(5) Cf. *supra*, n[os] 95 ss.

208. - (1) Il y a lieu de citer ici également les cas énumérés *supra* en note 3 n° 205, dans lesquels les baux consentis par certaines personnes ne peuvent excéder une certaine durée.

§ 1. — Les cas prévus par le législateur.

Parmi les cas dans lesquels la durée d'une convention est expressément limitée par le législateur, celui de la clause de maintien dans l'indivision, prévu à l'article 815, al. 2 du Code civil, est incontestablement le plus intéressant par la diversité des problèmes qu'il soulève. Les autres hypothèses retenues : la clause de réméré (article 1660), la clause accordant la saisine à l'exécuteur testamentaire (article 1026) et les clauses d'exclusivité de la loi du 14 octobre 1943, ne nécessiteront que des observations succinctes.

1) L'article 815, al. 2 : la stipulation de maintien de l'indivision.

209. — Au principe énoncé par l'article 815, al. 1er, selon lequel « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision », l'alinéa 2 du même texte apporte aussitôt une exception :

> « On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité : cette convention ne peut être obligatoire au-delà de cinq ans ; mais elle peut être renouvelée. »

En pratique, deux hypothèses doivent être distinguées, selon que la clause en question est contenue dans une convention entre héritiers ou stipulée par l'auteur d'une libéralité. La jurisprudence et la doctrine sont, en effet, en désaccord quant au régime applicable à la seconde.

a) *La convention d'indivision.*

210. — C'est la convention d'indivision entre coïndivisaires qui est directement visée par l'article 815, al. 2 précité. Un tel accord est valable lorsqu'il n'est conclu que pour un maximum de cinq ans. Mais quel sera son sort si la durée prévue est supérieure ? Le problème ne se pose que rarement, en pratique, au sujet de clauses qui stipulent directement une durée supérieure à cinq ans. Le plus souvent la convention a une durée indéterminée ou est subordonnée à l'arrivée d'un terme : majorité d'un copartageant, décès de telle personne. Les auteurs et la jurisprudence sont divisés au sujet de l'étendue de la nullité de telles conventions.

Pour certains auteurs et certaines juridictions (1), il n'y a pas lieu de prononcer la nullité totale de la clause, mais seulement sa

210. - (1) Cf., en doctrine, Baudry-Lacantinerie et Wahl, Des successions, t. II, nos 2184-2185 ; Esmein, t. X du traité d'Aubry et Rau, 6e éd., § 622, note 3, p. 146 ; Planiol et Ripert, t. III, par Picard, n° 292 et t. IV, par Maury et Vialleton, n° 488 ; Ripert et Boulanger, t. IV, n° 2797 ; H., L. et J. Mazeaud, t. IV, n° 1624. En jurisprudence : Lyon, 25 août 1875, S. 1876.II.68 ; Paris, 3 mars 1896, D.P., 1897.II.54, S. 1899.II.31 ; T.C. Seine, 10 mars 1909, D.P., 1910.II.143, S. 1909.II.293 ; Civ., 27 janvier 1958 (implicite), Bull., 1958.I, n° 59, p. 47.

réduction au maximum autorisé. Pour d'autres (2), au contraire, c'est la nullité intégrale qui doit sanctionner de telles stipulations.

Cette dernière opinion peut-elle se justifier ? Nous ne le croyons pas. La solution de la nullité totale est à la fois inéquitable, illogique et, nous semble-t-il, contraire au texte même de l'article 815, al. 2. « ... Cette convention ne peut être obligatoire AU-DELA de cinq ans », dit le texte, et non pas que les conventions conclues pour plus de cinq ans sont nulles. D'ailleurs, une telle formulation ne serait elle-même pas exclusive de la réductibilité. Tel qu'il est rédigé, ce texte nous paraît signifier que les conventions conclues pour plus de cinq ans, en particulier les conventions à durée indéterminée, ne sont pas intégralement nulles. Elles cesseront d'« être obligatoires au-delà de cinq ans ». Les termes « au-delà » supposent, précisément, qu'une durée plus longue a été prévue à l'acte. Il nous semble donc que, dans l'article 815, al. 2, le législateur a expressément prévu la réduction en cas de durée excessive. En pratique, cette réduction se réalisera de deux façons différentes selon qu'une durée déterminée excessive ou une durée indéterminée aura été stipulée. Dans la première hypothèse, ce sera une véritable réduction qui interviendra, c'est-à-dire une modification du *quantum*. L'hypothèse d'une convention à durée indéterminée fournit un nouvel exemple de cette catégorie particulière de nullités partielles qui ne concerne que les effets de la clause, sans rien modifier dans sa lettre (3) : la clause sera nulle dans la mesure où elle viendrait à effet au-delà du maximum de cinq ans.

Un tel système répond pleinement aux besoins de la cause. Une sanction n'est justifiée que dans la mesure où elle est nécessaire et suffisante. Dès qu'elle excède cette limite, elle est injuste. Aucun impératif particulier n'exige, en notre hypothèse, que la nullité anéantisse entièrement une convention d'indivision à durée excessive.

b) *La charge de maintien dans l'indivision stipulée par l'auteur d'une libéralité.*

211. — Il arrive, quelquefois, que dans une libéralité, et plus particulièrement dans un testament, le disposant stipule que les bénéfi-

210. - (2) Cf., en doctrine, Colin et Capitant, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. III, 10e éd., n° 1130 ; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, t. V *bis*, par LE BALLE, n° 649. Certains auteurs distinguent selon que la convention est passée pour une durée déterminée ou pour une durée indéterminée. Ils préconisent alors la réductibilité pour la première hypothèse et la nullité intégrale pour la seconde : cf. Aubry et Rau, t. X, 6e éd., par ESMEIN (qui critique cette distinction), § 622, note 3, p. 146 ; DEMOLOMBE, t. XV, nos 501-502 ; JOSSERAND, t. III, n° 1067 ; LAURENT, t. X, nos 239-240. En jurisprudence : T.C. Beaune, 9 décembre 1858, D.P., 1859.III.69 ; Req., 23 décembre 1901, D.P. 1902.I.183, S. 1902.I.216. Comp. : Civ., 29 juin 1933, D.H., 1933, p. 477.

(3) Sur cette technique en général : cf. *infra*, chapitre IV, nos 243 ss.

ciaires devront rester dans l'indivision, soit pendant un temps déterminé, soit jusqu'à l'arrivée d'un terme incertain, soit même de façon illimitée. Dans la mesure où de telles clauses seraient reconnues valables dans leur principe, c'est-à-dire si elles étaient de celles que l'article 815, al. 2, valide jusqu'à concurrence de cinq ans, il nous suffirait de renvoyer à ce qui a été dit précédemment. Mais c'est précisément l'applicabilité de l'article 815, al. 2 à ces clauses qui est controversée. Doctrine et jurisprudence, une fois de plus, se divisent en deux camps opposés.

Selon les uns (1), de telles clauses contenues dans des libéralités sont radicalement nulles, quelle que soit la durée de l'indivision prévue. Il suffit pour s'en convaincre, disent-ils, de lire l'article 815. Son alinéa 1er prohibe expressément, à deux reprises même, de telles clauses :

> « Nul ne peut être CONTRAINT à demeurer dans l'indivision..., nonobstant PROHIBITIONS... contraires. »

Quant à l'exception de l'alinéa 2, elle ne s'applique manifestement pas à ces clauses. D'une part, cet alinéa ne vise que le partage ; d'autre part et surtout, il précise qu'« on peut cependant CONVENIR... » Dans le cas de charges d'indivision adjointes à des libéralités, il ne s'agit pas de conventions, mais d'obligations imposées unilatéralement. Et cette différence de traitement, disent les auteurs partisans de la nullité de principe, est justifiée :

> « La convention souscrite par tous les cohéritiers témoigne qu'ils sont d'accord pour estimer opportun et utile de laisser leurs intérêts confondus pendant plusieurs années, tandis que la volonté du testateur ne donne que peu de garanties ; la situation qu'il prétend imposer peut être arbitraire et mal venue » (2).

Avec un tel système, c'est l'article 900 qu'il faudra appliquer pour déterminer l'étendue de la nullité. Selon que la clause d'indivision aura été la cause impulsive et déterminante de la libéralité ou non,

211. - (1) En doctrine : LAURENT, t. X, n° 243 ; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, t. V *bis*, par LE BALLE, n° 650 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, Des successions, t. II, n° 2186 ; JOSSERAND, t. III, n° 1070 ; H., L. et J. MAZEAUD, t. IV, n° 1624 ; DÉJEAN, Réactions de la loi, de la jurisprudence et de la pratique contre l'inorganisation de l'indivision héréditaire, thèse Montpellier, 1935, pp. 44-46 ; obs. TRASBOT, Rev. crit., 1929, p. 471 et VIALLETON, *id.*, p. 527. En jurisprudence : Metz, 3 juillet 1855, D.P., 1856.II.204 ; T.C. Lille, 23 juin 1894, G.P., 1894.II.307 ; T.C. Seine, 17 juillet 1925, Gaz. des Trib., 1926.II.192, R.T.D.Civ., 1926, p. 196, obs. SAVATIER. Rappr. Paris, 20 janvier 1937, D.P., 1938.II.70 et la note, et, sur pourvoi, Req., 25 novembre 1940, D.H., 1940, p. 209. Ce dernier arrêt esquive la difficulté en observant que, de toute façon, le délai de cinq ans était écoulé et qu'il est donc indifférent de rechercher s'il il y a lieu d'annuler ou de réduire.

(2) BECQUÉ, J. Cl. Civ., art. 815-842, fasc. IV, n° 30.

ce sera la libéralité entière qui sera anéantie ou seulement la clause (3).

Selon d'autres auteurs (4) et d'autres juridictions (5), il n'y a pas lieu de faire de différence entre l'indivision conventionnelle et la charge d'indivision. Face aux termes clairs et précis de l'article 815, cette opinion peut-elle être soutenue ? De prime abord, l'argumentation sur laquelle s'appuie le premier courant doctrinal et jurisprudentiel paraît solidement construite. C'est le terme « convenir » de l'alinéa 2 qui en constitue la base. Faut-il réellement lui conférer son sens littéral ? De façon générale, la terminologie du Code civil n'est pas toujours des plus précises. Si l'on remplaçait « convenir » par un autre terme, très voisin : celui de « stipuler », la solution serait déjà moins certaine. Lorsqu'on sait toutes les conditions et charges qu'un disposant peut valablement imposer au bénéficiaire d'une libéralité : charge de substitution dans certains cas, condition d'inaliénabilité, condition concernant l'affectation des biens donnés, etc..., on peut être surpris qu'il ne puisse pas imposer aux bénéficiaires de rester, temporairement certes, dans l'indivision. Il pourrait avoir, pour cela, des motifs tout à fait raisonnables et louables. Etant libre de disposer ou non, pourquoi ne pourrait-il pas disposer en indivision ? La convention d'indivision entre copartageants serait-elle entièrement prohibée, qu'il y aurait encore des raisons de valider de telles clauses dans les dispositions à titre gratuit. Avec le second courant doctrinal et jurisprudentiel, nous estimons donc qu'il n'y a aucune raison de ne pas valider dans leur principe les charges d'indivision imposées par les disposants à leurs bénéficiaires. Il y aura lieu, bien évidemment, de leur appliquer la même limite qu'aux conventions d'indivision proprement dites, à savoir qu'en cas d'excès la durée prévue par ces charges sera réduite au maximum autorisé. Les décisions jurisprudentielles qui ont opté pour l'application de l'article 815 à ces charges ont d'ailleurs généralement admis cette réductibilité (6).

211. - (3) Cf. en ce sens : Planiol et Ripert, t. V, par Trasbot et Loussouarn, n° 278 *in fine*.

(4) Cf. Demolombe, t. XV, n° 511 ; Aubry et Rau, 5e éd., t. II, § 221, p. 584 et la note 22, et 6e éd., t. X, § 622, p. 147 et la note 6 ; Savatier, R.T.D. Civ., 1926, pp. 196-197. D'autres auteurs ne se prononcent pas : Planiol et Ripert, t. IV, par Maury et Vialleton, n° 492 et la note 3, p. 687, et t. V, par Trasbot et Loussouarn, n° 278 ; Ripert et Boulanger, t. IV, n° 2804.

(5) Cf. Bordeaux, 20 avril 1831, S. 1831.II.315 ; Civ., 20 janvier 1836, S. 1836.I.83 ; T.C. Seine, 6 juillet 1849, D.P., 1849.III.76 ; Riom, 10 mai 1928, G.P., 1928.II.382, J.C.P., 1928, p. 1168, Rev. crit., 1929, p. 471, obs. Trasbot, et p. 527, obs. Vialleton. Comp. Civ., 27 janvier 1958, Bull., 1958.I, n° 59, p. 47, qui annule la clause, mais, semble-t-il, en vertu de l'article 815.

(6) Cf. Civ., 20 janvier 1836, T.C. Seine, 6 juillet 1849, Riom, 10 mai 1928, précités.

212. — Une réserve doit cependant être faite au sujet de ces clauses incluses sous forme de charges dans des libéralités. Leur validité de principe étant admise, il y aurait néanmoins lieu de les annuler lorsque les biens sur lesquels elles portent constituent la réserve héréditaire des bénéficiaires (1). Celle-ci est absolument intangible par le disposant. Mais un nouveau problème d'étendue de la nullité se pose alors. Lorsque la charge en question grève à la fois la part de réserve et la quotité disponible, il n'y a aucune raison, en théorie du moins (2), de ne pas admettre la validité de la charge dans la mesure où elle concerne la quotité disponible. La clause est donc nulle en ce qui concerne la réserve et valable pour le reste (3).

213. — Ces clauses de maintien dans l'indivision, qu'elles soient conventionnelles ou jointes à une libéralité, méritent une dernière observation. Dans aucune des hypothèses de réduction, que ce soit de l'« objet » de l'acte ou de sa durée, il n'a été fait mention de l'intention des parties en tant que critère de l'étendue de la nullité. Nous avons expliqué pourquoi cette question ne se posait généralement pas (1). Dans l'hypothèse que nous examinons pour le moment, il pourrait en être différemment. Aucun impératif particulier n'exige, ici, que la clause soit maintenue, en cas d'excès, dans la mesure de ce qui est licite. Il faudrait, dès lors, se demander si la durée fixée originairement par les parties ou par le disposant n'a pas été pour eux une condition impulsive et déterminante de la convention ou de la charge. En d'autres termes, les auteurs de la clause n'y auraient-ils pas renoncé entièrement s'ils avaient su qu'elle ne serait valable que pour un maximum de cinq ans ? Prenons un exemple : afin d'éviter un partage judiciaire, les copartageants, dont l'un n'a que quatorze ans, conviennent de maintenir l'indivision jusqu'à la majorité de ce dernier (2). Réduire, dans ce cas, la durée de la convention à cinq ans n'aurait guère de sens, puisque le but visé ne sera en aucun cas atteint (3). S'il y a lieu d'admettre que les copartageants n'auraient pas conclu la convention en connaissance de cause, la réduction, nul-

212. - (1) Cf., par exemple, Paris, 19 novembre 1931, G.P., 1932.I.273.
(2) Il se pourrait qu'en pratique les biens donnés soient indivisibles et que le maintien partiel dans l'indivision soit matériellement impossible. Dans ce cas la clause serait entièrement nulle pour indivisibilité objective.
(3) Il y a là un nouvel exemple de clause partiellement nulle, sans qu'aucun de ses termes ne soit modifié : cf. *infra*, chapitre IV, n°s 243 ss.

213. - (1) Cf. *infra*, n° 175.
(2) La loi du 14 décembre 1964 (article 466, al. 2 nouveau) permet désormais au tuteur de procéder à un partage amiable au nom du mineur non émancipé, avec l'autorisation du conseil de famille. Quant au mineur émancipé, il est maintenant pleinement capable.
(3) Sous réserve, cependant, de la possibilité de conclure une nouvelle convention à l'échéance de la première.

lité partielle au même titre que la nullité d'une clause, devra entraîner la nullité totale de cette convention (4). Et le même raisonnement pourra être tenu à propos d'une charge de rester dans l'indivision, d'autant plus que là un renouvellement pour une nouvelle période de cinq ans est exclu. Certes, un tel problème ne se posera que rarement en pratique, notamment parce que la nullité de la clause ne sera demandée très souvent qu'après l'écoulement d'un certain temps. Si cinq ans sont déjà écoulés, il est indifférent qu'on annule ou qu'on réduise. Même si la réduction est demandée avant l'écoulement du délai et si, comme c'est le cas fréquemment, la durée de la clause est soumise à un terme incertain (le décès de telle personne, par exemple), la recherche d'intention ne pourra guère mener à une nullité totale, car il est toujours possible que l'événement prévu se produise avant l'échéance de cinq ans. Il n'en reste pas moins que la recherche d'intention constitue le critère de principe de l'étendue de la nullité et que les cas dans lesquels cette recherche est exclue ou inutile ne sont que des exceptions, même si en fait elles recouvrent la majorité des hypothèses concrètes.

Si ce système exclusivement fondé sur la réductibilité, avec ses particularités concernant la réserve héréditaire et la recherche d'intention, peut paraître extrêmement compliqué, il est, en tout cas, préférable à la confusion générale et aux contradictions qui règnent dans la jurisprudence. Cette complication n'est d'ailleurs qu'apparente, car l'ensemble du système obéit à une idée très simple : celle de sanction adaptée et limitée à ce que le but de la loi exige. Il est le seul qui satisfasse à la fois l'équité, la logique et la finalité des textes.

2) La clause de réméré.

214. — Toutes les dispositions législatives limitant la durée de certaines stipulations ne présentent, heureusement, pas les mêmes difficultés d'interprétation que l'article 815. Tel est le cas de l'article 1660 du Code civil, concernant la clause de réméré :

> « La faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années. Si elle a été stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce terme. »

Un tel texte, clair et précis, ne laisse de place à aucune discussion. Il devrait servir de modèle pour la rédaction de toute disposition relative à la limitation d'un élément quantitatif. La réduction en cas d'excès ne fait ici aucun doute (1). On peut certainement invoquer

213. - (4) Demolombe, t. XV, n° 501, partisan de la réduction, suggérait déjà que la volonté des parties pourrait entraîner la nullité totale. V° également : Beudant et Lerebours-Pigeonnière, t. V *bis*, par Le Balle, n° 649 *in fine*.

214. - (1) Cf. Req., 20 février 1855, D.P., 1855.I.74 ; T. Com. Seine, 8 décembre 1948 (motifs), G.P., 1949.I.134.

ce texte comme un argument supplémentaire en faveur de la réductibilité dans les hypothèses où la loi est moins explicite.

3) La saisine de l'exécuteur testamentaire.

215. — L'article 1026 du Code civil limite à un an la saisine que le testateur peut accorder à l'exécuteur testamentaire qu'il a nommé :

> « Il pourra leur donner la saisine du tout, ou seulement d'une partie de son mobilier ; mais elle ne pourra durer au-delà de l'an et jour à compter de son décès. »

Dans sa rédaction, ce texte ressemble fort à l'article 815, al. 2. Le fait que la clause ne peut « durer au-delà » d'un an nous paraît être un argument pertinent dans le sens de la réduction, si une durée excessive précise a été stipulée, ou de la nullité partielle quant aux effets, si la saisine a été accordée pour une durée illimitée ou indéterminée (1).

Les auteurs et la jurisprudence (2) semblent, cette fois, avoir admis sans difficultés la réductibilité. Il est curieux de constater à quel point des textes tout à fait ressemblants peuvent donner lieu à des interprétations variables. L'inexistence du concept général de la nullité partielle et de son corollaire, la réductibilité, dans le droit positif français constitue la seule explication des contradictions que l'on y rencontre.

216. — Outre ces trois cas prévus par le Code civil lui-même, on peut en relever quelques uns dans la législation postérieure non codifiée.

4) Les clauses d'exclusivité de la loi du 14 octobre 1943.

La loi du 14 octobre 1943 (1) limite à dix ans toute clause d'exclusivité dans les achats, cessions ou locations de biens meubles. Cette

215. - (1) Sur cette dernière sanction, cf. *infra*, chapitre IV, n° 248.
(2) Cf. Aubry et Rau, t. XI, 6e éd., par Esmein, § 711, p. 327 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n° 2621 ; Josserand, t. III, n° 1569 ; Colin et Capitant, t. III, n° 1887 ; Planiol et Ripert, t. V, par Trasbot et Loussouarn, n° 687 ; Ripert et Boulanger, t. IV, n° 2196. On ne trouve pas de véritables cas de réduction en jurisprudence. Il semble que dans les affaires jugées l'action en nullité n'ait été introduite qu'après l'écoulement du délai d'un an. Dans ces conditions il était inutile de parler de réduction. Les tribunaux reconnaissent que la clause n'était pas valable au-delà du délai d'un an et l'annulent : cf. Pau, 7 décembre 1861, D.P., 1863.V.164, S. 1862.II.257 ; Lyon, 26 août 1864, S. 1865.II.254 ; Civ. 20 mai 1867, D.P., 1867.I.200 ; Alger, 20 janvier 1879, D.P. 79.II.143 ; Rennes, 17 juin 1897, sous Req., 23 mai 1898, D.P., 1899.I.199 ; T.C. Seine, 1er février 1927, D.P., 1928.II.121.
216. - (1) Cf. commentaire Voirin, D.C., 1944, Lég., p. 1.

précision semble restreindre considérablement le domaine d'application de ce texte. Selon M. le doyen Voirin (2), il ne concernerait que les clauses de fourniture exclusive dans l'industrie de la chaussure et certaines hypothèses en matière de contrats de bière. Deux arrêts récents de la Cour de Paris, du 26 janvier et du 11 juillet 1966 (3), appliquent cependant ce texte en matière de contrat d'exclusivité de fourniture d'hydrocarbures conclu entre une compagnie pétrolière et un garagiste (4). Quoiqu'il en soit, pour les clauses d'exclusivité auxquelles cette loi est applicable, la sanction ne peut être, semble-t-il, que la réduction de la durée stipulée au maximum de 10 ans. C'est ce qu'admettent les deux arrêts précités de la Cour de Paris (5) :

> « Attendu, dit-elle, dans son arrêt du 11 juillet 1966, que la durée de 15 ans stipulée par les parties doit ici être considérée comme excessive et que la liberté du garage ne peut rester enchaînée que pendant 10 ans;... »

5) Le droit de préférence de l'éditeur de l'article 34 de la loi du 11 mars 1957.

La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique offre également un exemple de convention limitée, à la fois quant à sa durée et quant à son objet. Son article 33 prohibe la cession globale des œuvres futures. Mais l'article 34 autorise l'auteur à accorder à son éditeur un droit de préférence « pour l'édition de ses œuvres futures de genres nettement déterminés ». Et l'alinéa 2 du même texte stipule :

> « Ce droit est limité pour chaque genre à cinq ouvrages nouveaux, à compter du jour de la signature du contrat d'édition conclu pour la première œuvre ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter du même jour. »

216. - (2) Commentaire précité. V° également, sur ce point, Maupain, Les clauses d'exclusivité en droit français et allemand, thèse Bordeaux, 1963, pp. 12 ss., obs. Hémard, R.T.D.Com., 1962, p. 97, n° 4.

(3) Paris, 26 janvier 1966, D. 1966, p. 294, J.C.P., 1966, n° 14588 ; Paris, 11 juillet 1966, G.P., 1967.I.22. Un auteur met cependant en doute l'applicabilité de la loi du 14 octobre 1943 dans cette hypothèse : cf. Didier, A propos du contrat de concession : La station-service, D. 1966, Chr., pp. 55 ss., en particulier p. 57. Un arrêt de la Chambre commerciale du 22 octobre 1968, J.C.P., 1968.IV, p. 189, déclare en effet inapplicable la loi de 1943 à une hypothèse de ce genre.

(4) Pour la situation avant 1943 et pour les cas auxquels cette loi n'est pas applicable, cf. *infra*, n° 221.

(5) Dans le même sens : Hémard, note au D. 1965, p. 73 ; Ripert, Durand et Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, 4e éd., n° 437. Un arrêt de la Cour de Colmar du 14 mai 1958 a prononcé la réduction d'une clause d'exclusivité en vertu de la loi du 14 octobre 1943. Mais son arrêt a été cassé (Com., 20 décembre 1960, Bull., 1960.III, n° 419, p. 383), la Cour suprême ayant jugé que la loi de 1943 n'était pas applicable dans ce cas. En l'espèce la clause était limitée, donc valable.

Il ne semble pas que la jurisprudence ait eu à se prononcer sur ce point. Mais, avec M. Lindon (6), on peut penser qu'en cas d'excès les tribunaux réduiraient l'étendue de ce droit de préférence et ne l'annuleraient pas intégralement.

Les cas expressément prévus par le législateur ne sont cependant pas les seuls à propos desquels un problème d'étendue de la nullité soulevé par une durée excessive se soit posé. Parfois, la jurisprudence a annulé, en l'absence de tout texte exprès, certaines conventions ou clauses viciées à raison de leur durée excessive. Dans d'autres hypothèses, elle s'est reconnue le pouvoir de réduire cette durée à de plus justes limites.

§ 2. — Les cas purement jurisprudentiels de réduction de la durée.

217. — Dans le cadre de l'étude de la nullité partielle des actes juridiques « simples », nous avons rencontré un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles la jurisprudence a annulé des clauses qui, par leur caractère quantitativement excessif, contrevenaient non à un texte de loi, mais à un principe essentiel de notre droit, tel que le libre exercice du droit de propriété, du travail, du commerce et de l'industrie (1). La question de la réduction vient inévitablement à l'esprit. En effet, ces clauses sont valables si elles ne sont pas excessives. Ne conviendrait-il pas, dès lors, de ne les annuler que dans la mesure de l'excès ? Cette solution paraît tout à fait raisonnable. Et nous signalions (2) qu'à propos des clauses de non-concurrence et d'exclusivité la jurisprudence la plus récente s'engageait dans cette voie. Il y aura lieu de se demander si la clause d'inaliénabilité excessive ne devrait pas être soumise au même régime.

1) La clause de non-concurrence.

218. — Nous avons pu constater (1) que la jurisprudence a évolué, en ce qui concerne le critère de la validité des clauses de non-concurrence (2), vers une appréciation tenant compte des impératifs sociaux

216. - (6) Le « droit de préférence » des éditeurs, D. 1968, chr., p. 53. M. Lindon envisage surtout le cas d'une stipulation excessive quant à son objet (genres multiples ou insuffisamment déterminés). Mais il n'y a aucune raison de penser que la solution soit différente pour la durée.

217. - (1) Cf. *supra*, n° 48 (clause d'inaliénabilité), n° 90 (clause de non-concurrence), n° 92 (clause d'exclusivité).

(2) *Supra*, n° 90 *in fine* et n° 92.

218. - (1) *Supra*, n° 90.

(2) Dans ces clauses il y a, en réalité, deux éléments quantitatifs qui sont, le cas échéant, litigieux : la durée et le champ d'application dans l'espace. Bien que ce chapitre soit consacré à la réduction de la durée, nous examinerons ici cette hypothèse particulière unique en son genre, les deux éléments quantitatifs ne pouvant pas être dissociés.

et humanitaires. Il en est résulté une sévérité accrue. Cet effort des tribunaux est louable. Mais la nullité des clauses excessives ne nous paraît pas être la solution souhaitable. Quel que soit le critère finalement utilisé, il reste que certaines clauses sont considérées comme valables et que d'autres sont annulées en raison de leur caractère excessif. Il y a donc nécessairement un point de rupture, même si sa localisation est variable selon les circonstances. Jusqu'à ce point, la clause est valable ; au-delà, elle est nulle. Or, dans la jurisprudence traditionnelle, cette nullité affecte non pas seulement la partie qui est excessive et qui se trouve au-delà du point de rupture, mais également celle qui se trouve en-deçà de ce point et qui, isolée, aurait été valable. Il y a quelque chose de choquant et d'arbitraire dans cette solution. L'argument, selon lequel les clauses qui dépassent une certaine limite sont nulles, non pas parce qu'elles sont excessives, ce qui n'est que l'effet, mais parce qu'elles sont immorales en ce qu'elles portent atteintes à des libertés essentielles, ne nous convainc nullement. Il est trop artificiel et fait abstraction des réalités concrètes.

Il ne fait aucun doute, certes, que la nullité intégrale de ces clauses n'a pas de conséquences trop fâcheuses. Celui qui s'est obligé de façon excessive, bien qu'il soit dégagé des obligations imposées par la clause nulle, n'en est pas pour autant libre de se réembaucher ou d'ouvrir un commerce où et quand il voudra, ce qui serait foncièrement injuste par rapport à celui qui, soumis à une clause valable, se trouve sérieusement handicapé. En effet, à l'obligation contractuelle anéantie vient se substituer une obligation légale de ne pas faire de concurrence déloyale (3). Mais, d'une part, cette obligation légale n'est pas aussi satisfaisante pour son créancier que ne l'aurait été une clause claire et précise, ne serait-ce que sur le plan de la preuve, très importante en cette matière. D'autre part, si cette obligation légale intervient opportunément, elle se trouve là, en quelque sorte, par hasard. Il n'est pas inimaginable qu'elle n'existât point. Il suffit d'évoquer cette hypothèse pour se rendre compte immédiatement à quel point la solution de la nullité intégrale de la clause de non-concurrence excessive est critiquable.

Cette sanction est incontestablement disproportionnée par rapport au vice qui affecte la clause. Sa rigueur est à la fois inutile et dangereuse, car elle peut prêter à abus de la part des intéressés qui, du fait de la nullité de la clause, pourraient se croire libérés de toute obligation ou démunis de toute protection. La seule sanction nécessaire et suffisante, équitable et conforme au but du principe violé, c'est la réduction.

218. - (3) Cf. par ex. : Soc., 27 mai 1968, Bull., 1968.V, n° 252, p. 210.

Un arrêt de la Chambre sociale du 10 avril 1945 (4) rejette encore expressément cette solution, en cassant un arrêt de la Cour de Paris du 18 novembre 1942, au motif :

> « que l'arrêt attaqué, tout en reconnaissant la validité de cette convention (qui était limitée à la fois dans le temps et dans l'espace) en a néanmoins modifié le délai expressément stipulé et décidé « qu'étant donné les circonstances de la cause, il y a lieu d'ordonner que la durée de l'interdiction sera réduite à 5 ans », en quoi il a dénaturé les termes clairs et précis d'une convention qui ne nécessitait pas d'interprétation, et violé la disposition visée au moyen (art. 1134) ; »

Certes, la Cour de Paris ne pouvait pas à la fois reconnaître la validité de la clause et en réduire la durée. Mais n'est-ce pas le fait même de la réduction que la Cour suprême a censuré, autant que cette imperfection purement formelle de l'arrêt ? Si la Cour d'appel avait ajouté le terme « partielle » après celui de « validité », ce qui aurait rectifié son raisonnement, l'attitude de la Cour suprême n'aurait sans doute pas été différente.

219. — Une jurisprudence tout à fait récente semble avoir entendu raison, en adoptant effectivement la réduction comme sanction. C'est à la Cour de Paris que revient, semble-t-il, le mérite non seulement d'avoir innové sur ce point, mais aussi d'avoir persévéré dans ses opinions, de sorte que les magistrats de la Cour suprême se sont finalement rendus à ses arguments. En effet, après avoir admis une première fois la réduction dans son arrêt précité du 18 novembre 1942 qui fut censuré par la Cour de cassation, elle a réaffirmé sa position dans un arrêt du 15 octobre 1954 (1) :

> « Considérant... que cette clause dont B. demande la nullité au motif qu'elle s'étend à toute la France continentale est valable au moins pour les départements où travaillait B... »,

puis plus discrètement, dans un arrêt du 7 février 1956 (2). Dans cette dernière affaire il y avait deux clauses de non-concurrence, l'une générale, l'autre limitée. Après avoir annulé la première, mais avant de déclarer la seconde applicable, la Cour énonce que c'est à juste titre que le premier juge a décidé « que N. ne pouvait pas disposer d'une liberté entière ». Cela ne signifie-t-il pas qu'en l'absence de la seconde clause, il eût convenu de réduire la première ? C'est dans un arrêt du 16 octobre 1958 (3) que cette solution a recueilli pour la première

218. - (4) G.P., 1945.I.204. V°, dans le même sens : Civ., 25 mai 1869, S. 1869.I.307, qui casse un arrêt de la Cour de Lyon du 28 septembre 1867 qui a maintenu une clause illimitée en réduisant ses effets à la seule ville de Lyon.

219. - (1) D. 1955, Somm., p. 77. G.P., 1955.I.191.
(2) D. 1956, Somm., p. 148, G.P., 1956.I.378.
(3) Bull., 1958. IV, n° 1043, p. 791.

fois les suffrages des magistrats de la Cour suprême. Ils rejettent un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Besançon du 27 novembre 1956 en ces termes :

> « Attendu... qu'en décidant que la clause de non-rétablissement était en tout cas valable pour les trois départements dans lesquels G. avait exercé son activité, l'arrêt attaqué avait donné une base légale à sa décision. »

Un second arrêt de la même Chambre sociale du 21 octobre 1960 (4) abonde dans le même sens et lève le moindre doute, s'il en subsistait encore. Elle casse, cette fois, un jugement du Tribunal civil de la Seine du 3 février 1959, qui avait annulé une clause de non-concurrence limitée à dix ans, mais illimitée dans l'espace :

> « Attendu qu'une clause de non-concurrence est, en principe, licite et QU'ELLE NE DOIT ÊTRE ANNULÉE QUE DANS LA MESURE OU ELLE PORTE ATTEINTE A LA LIBERTÉ DU TRAVAIL en raison de son étendue dans le temps et dans l'espace et quant à la nature de l'activité de l'intéressé ; qu'en l'espèce, la clause litigieuse pouvait être jugée valable au moins dans la mesure où elle interdisait à M., en contrepartie de l'apprentissage dont il avait bénéficié, de se placer, au lendemain de son départ, au service d'une entreprise directement concurrente... et installée dans la même ville. »

Cette solution recueille déjà l'approbation d'un certain nombre d'auteurs (5).

220. — A vrai dire, la solution telle qu'elle résulte de ces arrêts n'est pas encore tout à fait satisfaisante. La validité partielle de la clause s'y trouve appréciée par rapport à un acte de concurrence accompli. Cela est particulièrement net dans l'arrêt précité de la Chambre sociale du 21 octobre 1960. Les autres ont recours aux mêmes termes ou à des expressions équivalentes : la clause est valable « au moins » ou « en tout cas » dans tel ressort. Cette façon approximative de résoudre le problème est critiquable pour deux raisons, l'une théorique, l'autre pratique.

219. - (4) Bull., 1960.IV, n° 912, p. 699, J.C.P., 1960, n° 11886 (1re espèce). V° également : Grenoble, 13 novembre 1959, Droit ouvrier, 1960, p. 59 ; Colmar, 11 janvier 1964, J.C.P., 1965, n° 14267, dont l'arrêt est confirmé, en ce qui concerne la validité de la clause, par la Cour suprême : Soc., 2 février 1966, Bull., 1966.IV, n° 134, p. 109. La formule de principe précitée de l'arrêt de la Chambre civile du 21 octobre 1960 semble être devenue de style : cf. Soc., 8 mai 1967, D. 1967, p. 690, note G. LYON-CAEN. Cet arrêt est cependant relatif à une clause jugée valable.

(5) Notamment : R. LINDON, La clause de non-concurrence dans le contrat de louage de service, J.C.P., 1960, chronique n° 1593 ; G. LYON-CAEN, Les clauses restrictives de la liberté du travail, Droit social, 1963, pp. 88 ss. M. CAMERLYNCK, Traité de droit du travail, t. I : Le contrat de travail, p. 213, note 4, estime la solution de la réduction « heureuse », mais « discutable au point de vue de l'orthodoxie juridique ». Sur ce dernier point, nous sommes évidemment d'un avis différent.

D'une part, qu'il s'agisse de réduire la clause ou de l'annuler, il faut envisager l'hypothèse dans laquelle un employé saisirait un tribunal du problème de sa validité en dehors de tout autre litige. Si cette hypothèse ne se réalise guère en pratique, du moins pendant la durée du contrat de travail, elle est tout à fait plausible pour un employé licencié ou démissionnaire ou pour le vendeur d'un fonds de commerce qui voudrait savoir à quoi s'en tenir quant à ses droits. Dans ce cas, la réduction s'impose de la même façon, mais elle ne pourra, en aucun cas, être approximative comme dans les arrêts précités. C'est une limite précise que les juges devront fixer. On pourrait objecter qu'ils n'ont pas le pouvoir de le faire, que cette délimitation serait arbitraire. Cette objection doit être rejetée. Un certain pouvoir d'appréciation doit être reconnu aux juges (1). S'ils ont le pouvoir d'annuler totalement la clause, ils doivent à plus forte raison pouvoir ne le faire que partiellement. Au besoin, ils pourront commettre un expert qui examinera les données techniques et économiques du problème et leur indiquera quels sont les usages pour le genre de contrat en question.

D'autre part, et de façon beaucoup plus concrète et plus immédiate, la fixation de limites précises s'impose, car celui qui s'est vu dire que la clause était « au moins » applicable à tel acte qui lui est reproché ou dans tel ressort ne saura pas pour autant où et quand il pourra se réembaucher ou réinstaller un commerce. On risque donc que, s'il prend une telle initiative, un nouveau procès prenne naissance. Car lorsqu'un arrêt indique que la clause était valable « au moins » dans tel ressort, il n'aura pas autorité de chose jugée en ce qui concerne sa validité en dehors du ressort en question.

Incontestablement, un pas important a donc été franchi. Et il est souhaitable qu'il le soit définitivement (2). Certes, il manque encore un peu d'assurance. Mais si la jurisprudence persiste dans cette voie nouvelle, une mise au point de son système ne saurait tarder à intervenir (3).

2) Les clauses d'exclusivité non visées par la loi du 14 octobre 1943.

221. — Avant 1943, les clauses d'exclusivité obéissaient intégralement au même régime que les clauses de non-concurrence : la jurisprudence les annulait lorsqu'elles étaient stipulées pour une durée

220. - (1) Sur ce point, cf. *infra*, II[e] partie, n° 346, et note 8 n° 363.
(2) V° cependant : Soc., 26 février 1964, Bull., 1964.IV, n° 169, p. 137, qui annule entièrement une clause de non-concurrence excessive. Le problème de la réduction n'est pas posé.
(3) Cf. sur ce point l'arrêt de la Chambre civile du 3 mars 1964, rendu en matière de clauses d'exclusivité, exposé *infra*, n° 221.

illimitée ou excessive (1). Ce régime reste applicable aux clauses d'exclusivité non visées par la loi du 14 octobre 1943 (2). Il mérite les mêmes critiques que celles que nous formulions précédemment, à l'encontre de la jurisprudence traditionnelle en matière de clauses de non-concurrence (3).

Or, précisément, à propos d'une de ces clauses d'exclusivité auxquelles la loi de 1943 n'était pas applicable, la Cour suprême a rendu, le 3 mars 1964 (4), un arrêt de cassation qui confirme de façon remarquable le revirement de jurisprudence que nous signalions au sujet des clauses de non-concurrence. Une clause d'exclusivité était, en l'espèce, adjointe à un mandat de vendre des appartements. Le propriétaire-mandant ayant violé la clause, le mandataire l'actionne en paiement des commissions. Mais il est débouté, d'abord par le Tribunal de grande instance de Nice, puis par la Cour d'Aix, le 28 février 1961, au motif :

> « que cette convention doit être limitée dans sa durée sous peine de nullité, le mandant ne pouvant aliéner sa liberté que pour un temps déterminé. »

Cet arrêt, rendu dans la lignée de la jurisprudence traditionnelle, n'en est pas moins cassé, au motif :

> « qu'en se bornant à affirmer, pour en décider ainsi, "que la clause prévue par G. n'est pas limitée par un délai particulier", sans rechercher si les ventes des appartements effectuées par G. en dehors de C. et C. l'avaient été au-delà du délai pendant lequel ceux-ci, compte tenu des éléments de la cause et notamment de leurs éventuelles diligences, étaient en droit de se prévaloir de la clause d'exclusivité qui leur avait été consentie sans que cependant elle ait été assortie d'un terme, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; »

La Cour de cassation reproche-t-elle à la Cour d'Aix de ne pas avoir réduit la durée de la clause ? Ce n'est pas là, à proprement parler, le motif de la censure. En l'espèce, la clause avait une durée indéterminée. Ce qui est reproché à la Cour d'appel, c'est de ne pas

221. - (1) Cf. *supra*, n° 92 et les références citées en note 1.
(2) Pour celles visées par ce texte, cf. *supra*, n° 216. On aurait pu songer à une application par analogie de la limite posée par cette loi à toutes les clauses d'exclusivité. Cette solution est écartée par la jurisprudence. Cf. T. Com. Lille, 9 juillet 1956, J.C.P., 1957.IV, p. 7 ; Com., 20 décembre 1960, Bull., 1960.III, n° 419, p. 383 ; Aix, 28 novembre 1961, R.T.D. Com., 1962, p. 97, n° 4, obs. Hémard.
(3) Cf. *supra*, n° 218.
(4) D. 1965, p. 73, note Hémard, J.C.P., 1964, n° 13604, avec les remarquables conclusions de M. l'Avocat général Lindon. Comp. pour une espèce tout à fait semblable, mais dans laquelle le problème a été posé non sur le plan de la validité de la clause, mais sur celui de l'interprétation des intentions des parties : Civ., 3 novembre 1965, Bull., 1965.I, n° 581, p. 441.

avoir recherché au-delà de quel délai raisonnable, « compte tenu des circonstances », la clause n'était plus valable. Nous sommes, une fois de plus, en présence d'un de ces cas dans lesquels la nullité partielle ne frappe que les effets de la clause, sans que celle-ci soit en rien modifiée apparemment (5). Mais contrairement aux décisions représentatives de cette nouvelle tendance jurisprudentielle citées en matière de clauses de non-concurrence, c'est, cette fois, une limite précise, applicable de façon générale, que les juges du fond auraient dû fixer pour la validité de la clause. Il n'est plus question de se demander si la clause litigieuse n'était pas « au moins » applicable aux actes incriminés. La différence ne consiste, certes, qu'en une faible nuance, mais à notre point de vue elle est importante. Les clauses d'exclusivité et les clauses de non-concurrence ayant toujours été soumises à un régime identique, il est permis de penser que ce nouveau progrès dans la technique de mise en œuvre de la nullité partielle est également valable pour ces dernières.

3) La clause d'inaliénabilité.

222. — Cette évolution jurisprudentielle relative aux clauses de non-concurrence et d'exclusivité est-elle susceptible de s'étendre également aux clauses d'inaliénabilité ? C'est en vertu de la liberté de circulation des biens, considérée comme un principe fondamental de notre système juridique, que ces clauses sont prohibées. Mais, comme précédemment, cette prohibition n'est pas absolue : les clauses d'inaliénabilité sont valables lorsqu'elles sont limitées dans le temps et lorsqu'elles obéissent à un intérêt légitime. Dans ces conditions, si elles sont excessives quant à leur durée, ne devraient-elles pas également être réduites au lieu d'être annulées ?

Les données du problème ne sont pas tout à fait les mêmes que dans les hypothèses précédentes. La différence essentielle réside dans le motif de l'annulation de ces clauses. Alors que les précédentes étaient annulées exclusivement parce qu'elles avaient une durée ou, le cas échéant, un domaine d'application dans l'espace excessifs, celles-ci le sont tantôt parce qu'elles obéissent à un motif illicite ou immoral, ou plutôt parce qu'elles n'obéissent à aucun motif légitime (1), tantôt parce qu'elles sont illimitées dans le temps (2), tantôt

221. - (5) Sur cette technique de mise en œuvre du concept de nullité partielle, cf. *infra*, chapitre IV, n^{os} 243 ss.

222. - (1) Cf. Alger, 20 janvier 1879, D.P., 1879.II.143, S. 1879.II.71 ; Paris, 23 juin 1892, S. 1893.II.26, D.P., 1892.II.379 ; Montpellier, 28 décembre 1932, D.H., 1933, p. 124, S. 1933.II.69.

(2) Cf. Paris, 10 juin 1887, D.P., 1889.II.92 ; Req., 20 mai 1879, D.P., 1879.I.431, S. 1880.I.14 ; Req., 10 novembre 1896, D.P., 1897.I.51 ; Civ., 24 janvier 1899, S. 1900.I.322 (1re espèce) ; Civ., 29 juin 1933, D.H., 1933, p. 477 ; T.C. Belfort, 14 mai 1947, D. 1947, p. 483 ; Civ., 16 février 1953,

pour les deux causes à la fois (3). Une clause d'inaliénabilité n'est donc valable que si deux conditions se trouvent cumulativement remplies : limitation dans le temps et existence d'un mobile justificatif légitime (4).

Les conséquences de cette différence dans les conditions de validité entre les clauses d'inaliénabilité et les clauses de non-concurrence ou d'exclusivité nous semblent devoir être logiquement les suivantes. Si la clause obéit à un motif illicite, elle ne peut évidemment qu'être nulle intégralement (5). La jurisprudence, dans ce cas, ne fait aucune différence entre les clauses limitées dans le temps et celles qui ne le sont pas (6). La seule particularité discutable réside dans le fait que le motif illicite est présumé exister lorsque aucun motif justificatif valable ne peut être découvert (7). En revanche, si la clause n'est annulée que parce que sa durée est illimitée ou excessive, même lorsqu'un motif légitime est parfaitement avéré (8), la nullité intégrale est beaucoup plus malaisée à justifier. En effet, il faut admettre que la même clause, stipulée dans les mêmes circonstances avec une durée suffisamment restreinte, aurait été valable. Le problème du seuil de rupture se pose à nouveau (9). La meilleure solution ne serait-elle pas, dans ce cas également, la réduction de la durée de l'inaliénabilité à une limite raisonnable ? Lorsque le motif est légitime — lorsqu'un individu lègue, par exemple, tels biens à un particulier ou à une collectivité, à charge de ne pas les aliéner et d'en affecter les revenus à telle œuvre — la nullité de la clause, invoquée par des légataires plus ou moins de bonne foi, ne risque-t-elle pas d'autoriser des abus regrettables (10) ? Certes, le juge éprouverait de

Bull., 1953.I, n° 61, p. 57 ; Bordeaux, 8 juin 1959, J.C.P., 1960, n° 11638 ; Paris, 1er juillet 1961, D. 1962, p. 13.

222. - (3) Cf. Civ., 8 novembre 1897, D.P., 1898.I.47, S. 1900.I.499 ; Paris, 26 juillet 1898, D.P., 1899.II.24 ; Civ., 16 mars 1903, S. 1905.I.513, D.P., 1905.I.126 ; T.C. Mayenne, 26 novembre 1936, G.P., 1937.I.213, J.C.P., 1937, n° 126, note H. M.

(4) V° cependant un arrêt récent de la Cour de cassation (Civ., 19 octobre 1965, D. 1966, p. 245, note DEFRÉNOIS, et, sur renvoi, Rennes, 28 juin 1966, D. 1967, p. 18) qui valide une clause d'inaliénabilité illimitée, sous prétexte qu'elle est conforme à l'intérêt public.

(5) De même que la clause de non-concurrence ou d'exclusivité est intégralement anéantie si son vice réside ailleurs que dans son caractère excessif : cf. *supra*, note 1 n° 90.

(6) Cf. en particulier l'arrêt précité de la Cour d'Alger du 20 janvier 1879. Dans cette espèce la clause avait une durée limitée, mais le motif était illégitime.

(7) Cf. les décisions citées *supra* en note 3, dans lesquelles les juges relèvent l'ABSENCE d'un intérêt légitime.

(8) Tel est le cas de la plupart des espèces citées *supra* en note 2.

(9) Cf. *supra*, n° 218.

(10) La nullité de la clause pourra entraîner celle de la libéralité elle-même. Mais il n'en sera ainsi que si l'inaliénabilité en était la cause impulsive

grandes difficultés pour fixer une limite précise. Mais l'obstacle ne nous paraît pas infranchissable, en présence de données de fait particulières à chaque cas. Et une solution légèrement teintée d'arbitraire ne vaut-elle pas mieux encore qu'une nullité totale prêtant à tous les abus. La solution idéale serait, bien sûr, d'ordre législatif. Il serait opportun que le législateur fixe un maximum, au-delà duquel toute clause d'inaliénabilité serait nulle et devrait être réduite. Le problème du motif illégitime pourrait être résolu sur le terrain du droit commun des articles 1131 - 1133. Donc, si une clause d'inaliénabilité obéissait à un tel motif, elle serait intégralement nulle, le problème de la réduction ne se posant que lorsque le vice réside exclusivement dans la durée excessive. Quant à la durée maximum licite, elle devrait être, nous semble-t-il, différente selon que la clause est imposée à une personne physique ou à une personne morale. La limite pourrait être, par exemple, de vingt ans pour les premières et de cinquante ans pour les secondes. Des dérogations sous la forme d'une autorisation judiciaire pourraient être prévues pour le cas où une aliénation pendant la période de validité de la clause apparaîtrait urgente. Un tel système donnerait des résultats heureux à la fois sur le plan des principes, puisqu'il est admis que la libre disposition des biens n'a pas la valeur d'un dogme absolu, et sur le plan de la sécurité du commerce juridique et du respect de la volonté des disposants.

Pourtant, quelle que soit la solution retenue, une importante réserve doit y être apportée: une clause d'inaliénabilité, même limitée dans le temps et parfaitement justifiée, ne sera jamais valable dans la mesure où elle affecte les biens composant la réserve héréditaire (11). Il y aurait lieu, dans une telle hypothèse, de la réduire, non pas cette fois quant à sa durée, mais quant à son champ d'application quantitatif. En fait, cette réduction affecterait simplement les effets de la clause, sans en modifier la lettre (12).

CONCLUSION

223. — La conclusion est finalement la même pour tous les cas dans lesquels une disposition est nulle en raison de sa durée excessive : la nullité totale ne peut guère être justifiée. Les arguments avancés à l'appui de cette solution, à savoir l'article 1134 et l'idée que la réduc-

et déterminante, ce qui n'est pratiquement jamais admis par les tribunaux : cf. *supra*, n° 48, et les références citées en note 2.

222 - (11) Cf. Rouen, 22 octobre 1924, D.P., 1926.II.54, note H.L. Dans cette espèce il y avait à la fois une limite dans le temps et un motif légitime, mais la clause portait sur les biens composant la réserve.

(12) Comp. avec le cas de la charge de maintien dans l'indivision, *supra*, n° 212. Quant à la technique dont relève cette hypothèse, cf. *infra*, chapitre IV, n°s 243 ss.

tion est une sanction plus grave que la nullité intégrale, reposent sur une conception archaïque et purement théorique du concept de nullité.

En jurisprudence, l'hétérogénéité des décisions est frappante. Selon les cas, c'est la nullité totale ou la réduction qui intervient, sans que cette différence de traitement puisse être expliquée rationnellement. Le fait que, dans certaines hypothèses, et non dans d'autres, le législateur a lui-même fixé un maximum ne saurait constituer un critère valable. Prononcer la nullité totale en l'absence de texte prévoyant une solution différente est une dérobade. Une harmonisation du système apparaît donc hautement souhaitable. Elle pourrait être réalisée sans difficulté si le problème était considéré dans son ensemble au lieu que chaque hypothèse soit examinée isolément, comme c'est le cas en droit positif. La situation est d'ailleurs la même lorsqu'il s'agit de réduction non plus de l'objet ou de la durée, mais du prix.

CHAPITRE III

La réduction du prix excessif.

224. — De même que la durée, le prix (1) n'est pas laissé, dans de nombreuses conventions, à la discrétion des parties. Depuis le début du XX[e] siècle, ces cas n'ont cessé de se multiplier. Les modalités de cette limitation apportée au principe de la liberté des conventions sont variées. Tantôt c'est le législateur lui-même qui fixe impérativement le prix maximum (2) de tel bien ou service : c'est ce qu'on appelle la taxation. Tantôt il donne au juge le pouvoir de réduire certains prix selon des critères plus ou moins précis, notamment dans des hypothèses dans lesquelles la lésion est sanctionnée. Enfin, quelquefois, c'est le juge lui-même qui se reconnaît ce pouvoir, en dehors de toute intervention législative.

224. - (1) Le terme « prix » est ici entendu dans son acception la plus large. Il ne s'agit donc pas seulement du prix dans la vente, mais de toute prestation pécuniaire et de tous les contrats dans lesquels une telle prestation est susceptible d'être stipulée. Il sera notamment question dans ce chapitre, du prix dans la vente, des loyers, des intérêts dans le prêt, des traitements et honoraires, des primes d'assurance.

(2) Exceptionnellement, en matière de salaires, c'est un minimum qu'il impose : le S.M.I.G. La sanction de l'atteinte directe à cette réglementation, c'est-à-dire la stipulation d'un salaire inférieur, n'obéit pas au droit commun des nullités : cf. *supra*, n° 127. La violation indirecte, par le jeu de clauses accessoires du contrat de travail, est sanctionnée par la nullité de ces clauses, cette nullité ne pouvant jamais s'étendre au contrat tout entier : cf. *supra*, n°[s] 96 ss., et *infra*, chapitre IV, n° 249. Mais dans les deux cas la nullité du contrat n'est incontestablement que partielle. Au lieu que le prix soit illicite dans la mesure où il dépasse une certaine limite, il l'est cette fois dans la mesure où il est inférieur à cette limite. Cf. en ce sens Farjat, *op. cit.*, pp. 371 ss.

Ces diverses hypothèses peuvent être réparties en deux catégories principales, répondant à des inspirations fondamentalement différentes. La première regroupe les cas qui relèvent du concept classique de la LÉSION, dont l'inspiration profonde est l'idée de justice commutative, d'équité, d'équilibre contractuel. La seconde catégorie est d'origine plus récente : elle constitue l'une des manifestations de L'ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE, de l'interventionnisme étatique dans le domaine du contrat. Pourtant, en dehors de ces deux séries d'hypothèses, il y a lieu d'en mentionner une troisième, à savoir la réduction en matière de VICES DU CONSENTEMENT. Mais l'existence même de cette dernière catégorie de « réduction » est contestée (3).

SECTION I

REDUCTION DU PRIX ET LESION

1) LA RÉDUCTION, SANCTION NATURELLE DE LA LÉSION.

225. — La lésion (1) est la conséquence juridique d'un déséquilibre entre les deux prestations d'un contrat synallagmatique. Sa sanction traditionnelle, c'est la rescision (2), qui n'est qu'une variété ou, plus exactement, une appellation différente de la nullité (3).

224. - (3) On aurait pu concevoir d'ajouter un quatrième groupe, comprenant les hypothèses de réduction du prix en matière de contrats passés par des mineurs émancipés (art. 484, al. 2 ancien C. civ.), par des « majeurs sous la sauvegarde de justice » (art. 491-2 nouveau C. civ.) ou par des « majeurs en curatelle » (anciens prodigues et faibles d'esprit : art. 510-3 nouveau C. civ.). Nous avons expliqué (*supra*, n° 190, et la note 7 n° 191) en quoi ces cas ne relèvent pas de l'étude de la réduction des prix excessifs, mais entrent dans l'étude de la réduction, pour incapacité, de l' « objet » de l'obligation.

225. - (1) Il n'est pas inutile de rappeler que nous restons strictement dans le cadre du droit positif. Sur la différence entre notre démarche et celle des auteurs qui ont examiné *de lege ferenda* le problème de l'admission généralisée de la notion de lésion, cf. *supra* la note 1 n° 176.

(2) Cf. articles 1674, 887, 783, 1305 du Code civil.

(3) La doctrine quasi unanime est en ce sens. Souvent la question de la nature juridique de l'action en rescision n'est d'ailleurs même pas abordée. On indique généralement que la diversification des dénominations est, en quelque sorte, une erreur historique. V°, entre autres, DIJOL, La nullité des contrats lésionnaires, thèse Montpellier, 1919, en particulier pp. 102 ss. ; BLOND, Le fondement de la lésion, thèse Lille, 1935 ; VALMONT, Le fondement juridique de la lésion dans les contrats entre majeurs, thèse Caen, 1938, en particulier pp. 70 ss. ; DOUXAMI, La notion jurisprudentielle de la lésion, thèse Paris, 1951, en particulier pp. 130 et 178. Un auteur (EL BASSOUNI, La lésion en droit comparé, thèse Stras-

Pourtant, comme le vice réside exclusivement dans le déséquilibre entre les deux prestations, c'est-à-dire dans le caractère excessif de l'une d'elles, on est inéluctablement amené à se demander si la rescision de la convention — en d'autres termes : sa nullité totale — est la sanction souhaitable.

> « Le remède à la lésion, dit un auteur (4), doit être adapté, dans la mesure du possible, au mal qu'il faut combattre.. Il ne doit donc pas être une gêne pour le commerce, ni un obstacle à l'activité économique. Il ne faut pas non plus qu'il soit inefficace de telle sorte qu'il laisse subsister les injustices contractuelles ».

Toutes les exigences de la sanction souhaitable sont contenues dans ces lignes, en même temps que leurs limites. Leur traduction en termes de technique juridique se trouvait déjà chez Dijol (5) :

> « L'annulation du contrat est-elle bien le meilleur moyen de parer à la situation faite au lésé ?... L'annulation le prive de l'utilité qu'avait pour lui la convention. Dans ces conditions ne serait-il pas préférable, au lieu de prononcer la nullité de la convention, de donner au juge la faculté de réduire simplement les stipulations lésionnaires ? »

Il ressort de ces observations que la réduction, c'est-à-dire la nullité partielle, serait la sanction normale de la lésion. En effet, le contrat n'est pas vicié dans son essence même ; l'une des prestations est simplement disproportionnée par rapport à l'autre.

2) Les solutions du droit positif.

226. — De prime abord, on a tendance à penser que le législateur de 1804 n'a pas adopté les idées que nous venons d'énoncer. Ne sanctionne-t-il pas par la rescision, donc par la nullité totale, les contrats lésionnaires ? En réalité, si la nullité partielle constitue la sanction idéale de la lésion, elle n'est cependant pas toujours réalisable en pratique. Il se trouve que c'est précisément le cas dans les hypothèses de lésion prévues par le Code civil. Le partage est un acte indivisible

bourg, 1943) prétend, au contraire, que l'action en rescision pour lésion et l'action en nullité sont de nature différente. Mais les arguments qu'il avance à l'appui de son opinion ne résistent pas à l'analyse. Comp. : Dalem, L'extension de la notion de lésion dans les contrats d'après la jurisprudence et la pratique contemporaines, thèse Rennes, 1937, qui rejette (pp. 120 ss.) l'assimilation entre l'action en rescision et l'action en nullité relative, sans émettre une opinion positive sur sa véritable nature juridique. Dans un arrêt du 29 octobre 1968 (J.C.P., 1968.IV, p. 197) la Cour suprême déclare que l'action en nullité et l'action en rescision d'une vente sont de nature différente, afin de pouvoir faire échapper l'action en nullité aux effets d'une renonciation à l'action en rescision. Il suffisait, pour obtenir ce résultat, d'affirmer que la renonciation à telle action en nullité ne valait pas pour telle autre.

225. - (4) El Bassouni, *op. cit.*, p. 121.
(5) *Op. cit.*, p. 106. V° également : Valmont, *op. cit.*, p. 72.

par nature (1) : une nullité partielle ne se conçoit guère en cette matière. Il en est de même, à plus forte raison, de l'acceptation d'une succession. Quant à la lésion dans les contrats conclus avec des mineurs, la réductibilité serait une sanction techniquement possible. Mais, en droit positif, la véritable cause de nullité de ces contrats réside, semble-t-il, dans l'incapacité du mineur, la lésion n'étant qu'une condition supplémentaire. S'agissant, enfin, de la lésion en matière de vente d'immeubles, c'est également en raison de l'indivisibilité de l'opération que la nullité totale intervient. D'ailleurs, dès l'origine, le législateur semble avoir été conscient du caractère excessif de cette sanction. C'est pour cette raison qu'il a autorisé l'acquéreur à éviter l'anéantissement du contrat en versant le supplément du prix. Si la vente peut être ainsi maintenue, c'est bien parce qu'elle n'est pas viciée dans son essence même, qu'elle n'est nulle que partiellement. Seulement, en cette matière, la nullité partielle ne pouvait pas être mise en œuvre sous forme de réduction du fait que c'était la prestation en nature, l'immeuble, qui était excessive par rapport à la contre-prestation pécuniaire. Et il était tout aussi impossible de contraindre l'acquéreur à payer le supplément de prix. Car si le juge peut réduire une prestation excessive, il ne peut pas, inversement, augmenter une prestation insuffisante (2), à moins qu'une disposition législative expresse ne le prévoie (3). Accorder aux parties la faculté de sauver le contrat était donc la meilleure solution possible (4). Et elle n'est incontestablement qu'une conséquence de l'idée de nullité partielle du contrat lésionnaire (5). Ce qu'il importait de démontrer, c'est que la lésion appelle comme sanction logique non pas la rescision, mais la nullité partielle, la réduction.

227. — Si cette proposition ne ressort pas à l'évidence des applications de l'idée de lésion contenues dans le Code civil, elle se trouve, en revanche, parfaitement corroborée par les textes postérieurs qui mettent en œuvre le concept de lésion. Dans presque toutes ces hypothèses, l'élément dont il s'agit de réprimer l'excès, c'est, cette fois, non pas l'objet, comme en matière de vente d'immeuble, mais le prix, excessif par rapport à la prestation en nature. Dans ces conditions, un prix étant toujours divisible, la rescision eût été une sanction inopportune. Et c'est effectivement la réduction du prix que le législateur a adoptée comme seule sanction de la lésion dans ces hypothèses.

226. - (1) Sur ce point, cf. *infra*, II[e] partie, n[os] 298 et 301.
(2) V° DIJOL, *op. cit.*, pp. 108 ss.
(3) Cf. *infra*, n° 227 *in fine*.
(4) Cf. VALMONT, *op. cit.*, p. 72.
(5) Comp. TOUCHARD, La lésion en droit civil français dans le cadre de la justice d'équité, thèse Rennes, 1960, p. 126.

Celles-ci ne nécessitent pas, de notre part, un examen approfondi. Elles ont été étudiées sous un autre angle par de très nombreux auteurs (1). Le seul point qu'il nous importait d'éclaircir, c'était la nature juridique exacte de leur sanction. Il suffira donc de les énumérer en guide d'illustration des observations générales qui viennent d'être faites.

C'est une loi du 8 juillet 1907 qui a institué, pour la première fois, semble-t-il, une action en réduction pour cause de lésion. Elle concerne la vente d'engrais et de substances destinées à l'alimentation des animaux. Une loi du 10 mars 1937 y a ajouté les semences et plants. Lorsque leur prix dépasse de plus du quart leur valeur commerciale, l'acheteur peut le faire réduire en conséquence.

Une autre application, moins explicite, certes, de l'idée de lésion sanctionnée par la réduction, peut être trouvée dans la loi du 29 avril 1916, relative à l'assistance et au sauvetage maritimes. Elle dispose, en son article 7 :

> « Toute convention d'assistance et de sauvetage passée au moment et sous l'influence du danger peut, à la requête de l'une des parties, être modifiée ou annulée par le juge s'il estime que les conditions convenues ne sont pas équitables. »

Cette action est rattachée par certains à la théorie des vices du consentement. Il semble préférable d'en faire un cas de lésion, car la preuve d'un tel vice n'est pas exigée ; le seul caractère inéquitable de la prestation est une justification suffisante de la réduction (2).

Par une loi du 29 juin 1935, le législateur a instauré provisoirement une action en réduction du prix de vente des fonds de commerce, lorsque celui-ci dépassait de plus d'un tiers la valeur réelle au jour de la vente. Incontestablement, c'était là un nouveau cas de réduction pour lésion (3).

227. - (1) Cf. notamment : DIJOL, *op. cit.* ; DEMONTÈS, De la lésion dans les contrats entre majeurs, 1924, surtout pp. 93 ss. ; BLOND, *op. cit.* ; DALEM, *op. cit.*, pp. 225 ss., VALMONT, *op. cit.*, pp. 78 ss. ; EL BASSOUNI, *op. cit.* ; DOUXAMI, *op. cit.* ; TOUCHARD, *op. cit.*, pp. 111 ss. ; PÉROT-MOREL, De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat, 1961, pp. 109 ss. ; RIEG, *op. cit.*, pp. 183 ss.

(2) Antérieurement à l'entrée en vigueur de ce texte, la jurisprudence se reconnaissait déjà le droit d'intervenir dans ces contrats, sans recourir forcément à la théorie de la violence morale. Tantôt elle réduisait directement la rémunération demandée : cf. Rennes, 22 mai 1867, D.P., 1870.II.77, S. 1868.II.114 ; Aix, 26 juillet 1866, D.P., 1868.II.7, S. 1867.II.227 ; Rouen, 4 juillet 1871, D.P., 1872.II.115, S. 1871.II.134. Tantôt elle annulait le contrat tout entier en attribuant au sauveteur une indemnité équitable : cf. Rouen, 10 décembre 1886 et, sur pourvoi, Req., 27 avril 1887, D.P., 1888.I.263, S. 1887.I.372.

(3) Dans des textes ultérieurs (loi du 9 janvier 1936, loi du 17 juillet 1937), un pas de plus a été franchi : ce sont des cas de réduction du prix pour IMPRÉVISION qui ont été créés. La réduction était alors fondée non sur

On peut voir un autre cas de réduction fondée sur l'idée de lésion dans la législation sur l'usure (4). Le décret-loi du 8 août 1935 prescrivait, en effet, la réduction du taux d'intérêt s'il dépassait :

> « de plus de moitié le taux pratiqué dans les mêmes conditions par des prêteurs de bonne foi pour des opérations de crédit comportant les mêmes risques » (5).

A ce critère souple, une loi du 28 décembre 1966 (6) a substitué des limites à la fois plus précises et plus étroites :

> « Art. 1er. — Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède au moment où il est consenti, de plus d'un quart, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les banques et les établissements financiers enregistrés par le conseil national du crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues...»

Les alinéas suivants et les articles 2, 3 et 4 apportent un certain nombre de précisions et de limitations subsidiaires. Et c'est l'article 5 qui prescrit la sanction civile de la violation de la loi :

> « Lorsqu'un prêt conventionnel est usuraire, les perceptions excessives au regard des articles précédents sont imputées de plein droit sur les intérêts normaux alors échus et subsidiairement sur le capital de la créance. »

Le texte reprend donc la sanction déjà prévue par le décret-loi de 1935. Le terme de réduction ne s'y trouve pas, mais c'est très exactement de cela qu'il s'agit (7).

Exceptionnellement, cependant, et dans des cas dans lesquels la prestation pécuniaire, le prix, est non pas excessive mais insuffisante,

une disproportion originaire entre le prix et la valeur réelle, mais sur l'évolution de la conjoncture économique qui a fait apparaître ces prix comme ruineux. Il s'agit là de révision du contrat et non plus de réduction pour lésion. Ces hypothèses ne sauraient donc illustrer notre propos. Ce n'étaient, d'ailleurs, que des textes de circonstance, au même titre que la loi du 29 juin 1935.

227. - (4) Cf. en ce sens : H. Capitant, La répression de l'usure, D. 1935, chron., p. 61.

(5) Applications jurisprudentielles de ce texte : T.C. Seine, 19 novembre 1936, G.P., 1937.I.127 ; Angers, 12 janvier 1937, G.P., 1937.I.433 ; Besançon, 26 novembre 1957, J.C.P., 1958, n° 10477, note Esmein. Mais, de même qu'en matière d'assistance maritime, les tribunaux se sont toujours reconnus le droit de réduire le taux des intérêts usuraires : cf. Bordeaux, 17 décembre 1827, S. 1825-1827.II.425 ; Colmar, 12 février 1831, S. 1831.II.304 ; Req., 26 août 1846, D.P., 1846.I.357 ; Orléans, 12 juin 1886, S. 1887.II.201, note Lyon-Caen.

(6) J.C.P., 1967.III, n° 32587, D. 1967, Lég., p. 31. V° H. Blin, Le délit d'usure... Commentaire de la loi du 28 décembre 1966, J.C.P., 1967, chron., n° 2084 ; Gavalda et Stoufflet, La limitation des taux d'intérêt conventionnels par la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 sur l'usure, J.C.P., 1968, chronique, n° 2171.

(7) Cf. Commentaire précité de M. Blin, nos 79 ss. ; T. Com. Seine, 24 octobre 1967, J.C.P., 1968, n° 15450, obs. H. B.

le législateur permet au juge de RÉVISER le contrat en augmentant le prix. Et cette fois, contrairement à l'hypothèse de la vente d'immeuble, le contractant avantagé n'a pas le choix entre la nullité totale du contrat et le réajustement du prix. Ce réajustement lui est imposé. Tantôt le législateur fixe lui-même un minimum, qui s'impose automatiquement aux parties : c'est le cas du S.M.I.G. (8) ; tantôt il donne au juge le pouvoir de rétablir l'équilibre en augmentant le prix (9). Tel est le cas de l'article 37 de la loi du 11 mars 1957 relative à la propriété littéraire et artistique :

> « En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une LÉSION ou à une PRÉVISION INSUFFISANTE des produits de l'œuvre, il pourra provoquer la RÉVISION des conditions de prix du contrat. »

Dans la première hypothèse prévue par ce texte (10) il y a bien lésion, donc nullité partielle. Mais seule l'intervention du législateur, qui y superpose un réajustement du contrat imposé à la partie avantagée, permet d'éviter que la nullité partielle ne se transforme en nullité totale (11), comme en matière de vente d'immeuble.

228. — Outre ces applications législatives de la réduction comme sanction de la lésion, il faut citer un autre cas pouvant être rattaché au même ordre d'idées, mais dont l'origine est purement prétorienne : la réduction de la rémunération des mandataires et agents d'affaires. Traditionnellement, la jurisprudence se reconnaît le pouvoir de réduire cette rémunération lorsqu'elle lui apparaît excessive. Les catégories professionnelles touchées par cette jurisprudence sont nombreuses et importantes. Il s'agit essentiellement des agents d'affaires (1),

227. - (8) Cf. *supra*, n^os^ 127-129.

(9) La même alternative se trouve en matière de réduction, puisque, selon les cas, la mesure de la réduction est déterminée par la loi ou par le juge. A propos des pouvoirs d'intervention du juge dans le contrat, cf. II^e^ partie, n° 346.

(10) Lésion et imprévision y sont purement et simplement assimilées, alors que leur sanction respective est de nature juridique totalement différente. La première repose sur un vice originaire de l'acte et constitue une nullité partielle. La seconde relève du problème de l'exécution du contrat. Cependant, elles ont pu être rapprochées ici du fait qu'exceptionnellement le législateur permet d'y remédier au moyen de la même technique : la révision. Cf. HUGUET, L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, 1962, pp. 159 ss. ; et, surtout, TOUCHARD, *op. cit.*, pp. 123 ss. Rappr. *supra*, note 3.

(11) Cf. *supra*, n^os^ 127-129.

228. - (1) Les décisions se chiffrent par centaines. Nous n'en citerons que quelques-unes, à titre d'exemples, parmi les plus récentes. Il en sera de même pour les autres catégories professionnelles. Cf. Douai, 25 juillet 1952, D. 1953, p. 47 ; Montpellier, 25 mars 1953, D. 1953, p. 469 ; Paris, 30 juin 1954, D. 1955, Somm., p. 1 ; T. de paix Perros-Guirec, 17 août 1955, G.P., 1955.II.306 ; T. Com. Evreux, 17 novembre 1955, G.P., 1956.I.122 ; Paris, 16 décembre 1960, D. 1961, Somm., p. 33 ;

mais également des avocats (2), architectes (3), médecins (4), banquiers (5), courtiers (6), notaires (7), avoués (8), arbitres (9), agréés (10), huissiers (11), administrateurs judiciaires (12), de même que des mandataires occasionnels non professionnels (13). Il est une catégorie qui échappe traditionnellement à ce contrôle juridiciaire en raison du caractère aléatoire de son activité : celle des généalogistes (14).

La question a fait l'objet d'une littérature extrêmement abondante (15). Longtemps cette jurisprudence, en opposition flagrante

T.G.I. Caen, 28 septembe 1964 (motifs), D. 1965, Somm., p. 47 ; Com., 1er avril 1965, Bull., 1965.III, n° 249, p. 223 ; Civ., 13 mars 1967, Bull., 1967.I, n° 95, p. 69 ; Riom, 14 mars 1967, D. 1968, p. 167.

228. - (2) Cf. T.C. Toulouse, 5 juillet 1955, J.C.P., 1955, n° 8927 ; T.C. Marseille, 22 février 1955, J.C.P., 1955, n° 8738 ; Aix, 29 novembre 1955, D. 1956, p. 398, note Crémieu ; Civ. 17 janvier 1956, Bull., 1956.I, n° 30, p. 23 ; Paris, 25 janvier 1964, D. 1964, p. 438, note Crémieu, J.C.P., 1964, n° 13662 ; Civ., 21 juillet 1964, D. 1964, p. 677, note Crémieu.

(3) Cf. T.C. Seine, 21 novembre 1956, G.P., 1957.I.97, D. 1957, p. 29 ; Civ., 4 mars 1958, Bull., 1958.I, n° 129, p. 99, D. 1958, p. 495, S. 1958, p. 263 ; Paris, 11 mars 1963, J.C.P., 1964, n° 13511, note Bizière.

(4) Cf. Bordeaux, 14 février 1900, S. 1900.II.190 ; Paris, 5 mai 1903, S. 1904.II.32 ; T.C. Seine, 18 mars 1953, G.P., 1953.II.84.

(5) Cf. Civ., 29 janvier 1867, D.P., 1867.I.54, S. 1867.I.245 ; Civ., 13 février 1872, S. 1872.I.17.

(6) Cf. Req., 27 décembre 1944, G.P., 1945.I.77, D. 1945, p. 121 ; Com., 13 juillet 1958, Bull., 1958.III, n° 308, p. 257.

(7) Cf. Lyon, 21 octobre 1954, G.P., 1954.II.396 ; Amiens, 4 avril 1957, D. 1957, p. 489 ; Paris, 29 mars 1958, D. 1958, p. 415, J.C.P., 1960, éd. N., n° 11745 *bis*.

(8) Cf. Civ., 18 juillet 1951, D. 1951, p. 683.

(9) Cf. T.C. Lille, 20 février 1946, G.P., 1946.I.189.

(10) Cf. Orléans, 28 janvier 1852, D.P., 1855.II.45 ; Lyon, 29 octobre 1951, S. 1952.II.144.

(11) Cf. T. de paix de Châteaudun, 26 juin 1936, D.H., 1936, p. 567.

(12) Cf. Req., 8 janvier 1890, S. 1890.I.516, D.P., 1891.I.22 ; Civ., 30 octobre 1895, S. 1897.I.394.

(13) Cf. Req., 28 février 1877, D.P., 1878.I.78 ; Req., 19 mai 1930, D.P., 1930.I.301 ; Civ., 8 janvier 1964, Bull., 1964.I, n° 20, p. 15 ; Com., 7 juillet 1965, Bull., 1965.III, n° 429, p. 391.

(14) Cf. Rouast, La réduction judiciaire de la rémunération des généalogistes, J.C.P., 1954, chron., n° 1179. Cf. Riom, 20 juin 1950, J.C.P., 1950, n° 5827, note J.-Ch. Laurent ; Civ., 17 avril 1956, D. 1956, p. 427 ; Civ., 3 novembre 1960, J.C.P., 1960, n° 11884 ; T.I. Rennes, 23 février 1965, G.P., 1965.II.53.

(15) Cf. les auteurs cités *supra* en note 1, n° 227. V° plus spécialement : Perrin, *op. cit.*, pp. 129 ss., Pérot-Morel, *op. cit.*, pp. 129 ss. ; Maury, *op. cit.*, pp. 180 ss. ; Lamarche, La réduction judiciaire des honoraires excessifs, thèse Dijon, 1936 ; Péan, De la réductibilité du salaire du mandataire, thèse Rennes, 1936 ; Vigneron, Les rémunérations non tarifées dans les professions non salariées, thèse Paris, 1958. Comp. : de Bersaques, L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion, Mélanges Dabin, 1963, t. II, pp. 487 ss. ; E. et G. Van Dievoet, Le pouvoir du juge de réduire le salaire contractuellement fixé de l'agent d'affaires, Mélanges Dabin, 1963, t. II, pp. 911 ss.

avec l'article 1134 du Code civil, a été critiquée par les auteurs. Mais elle n'a jamais varié depuis que, dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 11 mars 1824 (16), le principe même de cette réductibilité a été péremptoirement affirmé :

> « Attendu que l'arrêt, au fond, n'a violé aucune loi en déclarant que TOUT SALAIRE D'AGENT D'AFFAIRES EST SUJET A ÉVALUATION ET RÈGLEMENT PAR LE JUGE. »

Ce n'est qu'*a posteriori* que des justifications ont été recherchées : gratuité du mandat, équité, absence partielle de cause, abus de droit, vice du consentement. L'explication la plus satisfaisante semble pourtant être celle qui fait de cette jurisprudence....

> « un nouveau cas de lésion, car seule l'inéquivalence objective des prestations y est prise en considération (17) ».

D'autres ont abondamment examiné ces différentes opinions. Qu'il nous suffise de constater que cette réductibilité par le juge du salaire des mandataires et agents d'affaires, à laquelle la doctrine française contemporaine s'est à peu près généralement ralliée, « appartient au droit coutumier moderne de la France (18) ».

229. — Il est cependant un problème, commun à toutes les hypothèses de réduction pour cause de lésion, qu'il est surprenant que personne n'ait jamais songé à poser : celui du rôle de la volonté des parties en tant que critère de l'étendue de la nullité. Nous avons admis (1), certes, que, pour diverses raisons, le problème d'extension de la nullité à l'acte tout entier ne se posait en fait que rarement en matière de réduction. Mais, précisément, on ne se trouve, en notre hypothèse, dans aucune des trois circonstances mentionnées : la nullité totale est parfaitement concevable ; le contractant avantagé par la lésion pourrait avoir intérêt à obtenir l'annulation totale (2) ; enfin et surtout, l'ordre public ne semble pas exiger, ici, le maintien du contrat. Il ne s'agit que d'intérêts particuliers. Donc, l'étendue de la nullité devrait être déterminée en fonction de l'intention des parties. En pratique, le contractant avantagé peut-il prétendre que le prix fixé au contrat était pour lui une condition impulsive et déterminante, qu'il n'aurait pas contracté à d'autres conditions ? Il ne semble pas que les tribunaux aient eu affaire à de telles prétentions. Dans l'hypothèse où une telle argumentation serait présentée, on aurait tendance

228. - (16) S. 1822-1824.I.412.
(17) PÉROT-MOREL, *op. cit.*, p. 129. V° dans le même sens, notamment, RIEC, *op. cit.*, p. 195.
(18) Cf. E. et G. VAN DIEVOET, étude précitée, p. 935.

229. - (1) Cf. *supra*, n° 175.
(2) Sauf lorsque le problème n'est soulevé qu'après l'exécution totale du contrat. Tel est le cas, notamment, pour le salaire des mandataires et agents d'affaires.

à la rejeter instinctivement. Le contractant avantagé blesserait, en effet, les règles de la bonne foi s'il demandait la nullité totale. On peut présumer qu'il a délibérément exigé un prix excessif. Le fait que la lésion n'est, aux yeux du droit positif, qu'un vice objectif n'empêche pas qu'au fond elle repose sur un agissement immoral. Admettre l'annulation totale en se basant sur la volonté des parties, ce serait autoriser le cocontractant du lésé à se prévaloir de sa turpitude. Les règles de la bonne foi exigent donc, dans cette hypothèse, que l'on écarte la demande reconventionnelle en nullité totale (3). En ce sens, la réduction pour cause de lésion se trouve teintée d'un aspect répressif.

On peut résumer les relations existant entre les notions de lésion et de réduction au moyen des trois propositions suivantes :

1° La réduction — nullité partielle — constitue la sanction naturelle de la lésion.

2° La rescision — nullité totale — n'intervient que lorsque la nullité partielle n'est pas possible, du fait de l'indivisibilité de la prestation en nature.

3° Mais, même dans ce cas, l'idée de nullité partielle réapparaît sous l'apparence du « sauvetage » facultatif (vente d'immeuble) ou forcé (S.M.I.G., art. 37 de la loi du 11 mars 1957) du contrat, sauvetage qui n'est concevable que parce qu'à la base le contrat n'était que partiellement vicié.

Section II

REDUCTION DU PRIX ET ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE

230. — Alors que la réduction pour cause de lésion est essentiellement fondée sur l'idée de protection des intérêts des particuliers, c'est au contraire quelquefois dans un but d'intérêt général que le législateur a été amené à prendre des dispositions limitatives en matière de prix. Même si parfois, et dans une certaine mesure, il

229. - (3) Cf., sur le rôle régulateur de la notion de bonne foi dans notre matière, *infra*, II[e] partie, n[os] 383 ss. En Allemagne, où le critère fondé sur l'intention est posé comme principe et où aucune exception n'est expressément prévue pour des motifs de mauvaise foi du demandeur en nullité totale, cette question a créé des difficultés considérables. La situation se trouve encore compliquée par le fait que la lésion n'y est pas considérée comme un vice objectif. V° en particulier : Dahmen, Teilweise nichtige Rechtsgeschäfte. Beiträge zu §§ 139, 313 und 138 BGB, Dissertation Göttingen, 1949, qui consacre d'importants développements à cette question, pp. 32-71.

s'agit encore de protection, celle-ci concerne cette fois une catégorie générale d'individus, un groupe social. En réalité, c'est plutôt de politique sociale qu'il faudrait parler. Dans d'autres hypothèses, les dispositions en question relèvent de la politique économique proprement dite, plus précisément, de la lutte anti-inflationniste. D'ailleurs, le social et l'économique sont souvent intimement liés, de sorte que la finalité des mesures prises est double.

Nous examinerons d'abord quelques applications particulières de mesures de ce genre en droit positif français. Puis nous aborderons le problème général de la sanction civile en matière de taxation des prix.

§ 1. — Hypothèses particulières de réduction du prix fondée sur l'ordre public.

1) Le prix de cession des offices ministériels

231. — Si la plupart des dispositions limitatives en matière de prix sont apparues postérieurement à la première guerre mondiale, il est au moins une hypothèse plus ancienne : la réduction du prix de cession des offices ministériels (1). Dès le début du XIX[e] siècle, les tribunaux se sont reconnus le droit d'intervenir en cette matière. A cette époque-là, ils fondaient généralement leurs décisions sur la théorie des vices du consentement ou de la garantie (2). Le véritable fondement de cette réductibilité n'a été dégagé que vers la fin du siècle dernier (3).

> « Attendu, dit un arrêt de la Chambre des requêtes du 13 juin 1910 (4), que les cessions d'offices ministériels constituent des contrats *sui generis*, intéressant l'ordre public, lequel exige que le prix des offices représente leur valeur exacte ; attendu qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement s'il y a eu exagération dans le prix et dans quelle mesure la réduction doit être opérée. »

Cette fois, les tribunaux ont eu recours à la réduction sans aucune hésitation, car ils ont toujours admis le principe selon lequel la nomi-

231. - (1) Cf. sur cette question, notamment : Perrin, *op. cit.*, pp. 110 et ss. ; Maury, *op. cit.*, pp. 199 ss.

(2) Cf. par exemple : décisions fondées sur les règles de la garantie : Lyon, 2 mai 1850, D.P., 1850.II.115 ; Bordeaux, 19 novembre 1850, D.P., 1851.II.159 ; Nancy, 24 mai 1861, D.P., 1861.II.159 ; décisions fondées sur les vices du consentement : Aix, 26 juillet 1838, S. 1839.II.486 ; Bourges, 27 janvier 1843, S. 1843.II.501 ; Rouen, 18 février 1842, S. 1842.II.201 ; Bordeaux, 20 mai 1848, S. 1848.II.545 ; Req., 6 décembre 1852, D.P., 1853.I.118.

(3) Cf. Req., 6 février 1894, D.P., 1894.I.285, S. 1895.I.177, note Chavegrain ; Req., 19 octobre 1904, D.P., 1905.I.13 ; Caen, 12 avril 1905, S. 1906.II.245 ; Req., 7 juin 1905, S. 1906.I.399 et les nombreuses références citées par Perrin, *op. cit.*, pp. 114 s.

(4) G.P., 1910.II.102, S. 1913.I.347.

nation par la Chancellerie ne pouvait en aucun cas être remise en cause (5). Mais, même en dehors de cette circonstance particulière, la réduction aurait été la sanction la plus opportune.

2) Les loyers excessifs.

232. — C'est en matière de bail que l'on trouve l'exemple le plus typique et le plus actuel d'une réduction fondée sur l'ordre public. L'article 35 de la loi du 1er septembre 1948 stipule, en effet :

> « Les loyers qui dépassent la valeur locative telle qu'elle est définie à l'article 27 seront ramenés à cette valeur locative. »

La réduction est donc ici expressément voulue par la loi. En pratique, ce texte recouvre deux hypothèses sensiblement différentes : le loyer peut avoir été voulu excessif par rapport aux normes légales, mais il se peut aussi que l'excès ait été dû à une simple erreur de calcul. Nous n'avons cependant pas à distinguer ces deux situations puisque la sanction est la même : la nullité partielle. Prononcer la nullité totale pour une simple erreur de calcul eût été un non-sens. Quant à l'hypothèse du loyer volontairement excessif, la solution de la nullité totale eût été désastreuse sur le plan pratique. Le coupable n'aurait eu qu'à s'en féliciter et à recommencer auprès d'une nouvelle victime. En outre, l'exigence d'un loyer excessif étant sanctionnée pénalement (art. 51), la nullité partielle était le seul instrument efficace de répression, car si la sanction avait été la nullité du bail, les locataires se seraient bien gardés de dénoncer les agissements illicites de leurs bailleurs.

La jurisprudence n'a pas hésité à appliquer littéralement le texte, qui est absolument clair.

> « Attendu, dit la Chambre sociale dans un arrêt du 29 juillet 1952 (1), que les dispositions de l'article 1134 du Code civil ne sauraient avoir pour effet de mettre obstacle à celles d'ordre public des lois limitant le prix des loyers de locaux d'habitation. »

Bien qu'il ne s'agisse pas du prix de la location, il y a lieu de mentionner ici un autre cas de réduction, prévu par la loi du 1er septembre 1948 dans son article 75 :

231. - (5) Comp. *supra*, n° 169, à propos du problème des contre-lettres.

232. - (1) Bull., 1952.IV, n° 671, p. 483. V° égalememnt : T.C. Pontoise, 3 mai 1950 et T.C. Dôle, 22 février 1950, J.C.P., 1950.IV, p. 135 ; Soc., 11 décembre 1958, Bull., 1958.IV, n° 1325, p. 1017 ; Soc., 24 janvier 1959, Bull., 1959.IV, n° 111, p. 92, Rev. Loyers, 1959, p. 289 ; Soc., 17 avril 1959, Bull., 1959.IV, n° 491, p. 403 ; Soc., 26 juin 1959, Bull., 1959.IV, n° 820, p. 656, J.C.P., 1959.IV, p. 101 ; Paris, 30 mai 1961, Rev. Loyers, 1961, p. 432 ; Soc., 7 décembre 1961, Bull., 1961.IV, n° 1006, p. 804, D. 1962, p. 149. Cette solution a déjà été admise avant la loi du 1er septembre 1948 ; cf. Soc., 22 juin 1945, G.P., 1945.II.73.

« Les loyers payés d'avance, sous quelque forme que ce soit et même à titre de garantie, ne peuvent excéder une somme correspondant à deux mois de loyer pour les locations faites au mois et au quart du loyer annuel pour les autres cas. Toutes clauses et conventions contraires sont nulles de plein droit et le bailleur ou le propriétaire devra restituer les sommes reçues en trop. »

Le texte parle de nullité de plein droit, mais la véritable sanction est sans aucun doute la réduction au maximum autorisé. Il n'y a nullité de plein droit que dans la mesure de l'excès. La fin du texte l'indique d'ailleurs clairement. Si le bailleur ne doit restituer que les sommes perçues en trop, c'est que le reste était valablement versé.

3) La surassurance.

233. — On peut citer également sous cette rubrique des hypothèses de réduction du prix fondée sur l'ordre public, les articles 28 et suivants de la loi du 13 juillet 1930 sur les assurances. Ils ont trait à la surassurance. L'article 29 stipule dans son alinéa 2 :

« S'il n'y a ni dol, ni fraude, le contrat est valable, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur réelle des objets assurés et l'assureur n'aura pas droit aux primes pour l'excédent. »

§ 2. — Le problème général de la réduction des prix taxés.

234. — Le prix taxé est un prix fixé impérativement par les autorités étatiques. Pratiquée d'abord temporairement en période de guerre et de crise économique, la taxation est devenue en France un instrument permanent de politique économique. La limitation impérative, du montant des loyers, examinée précédemment, n'en est qu'une application particulière. On pourrait donc s'attendre à ce que, de façon générale, la sanction civile du dépassement du prix autorisé soit la réduction. Il n'en est rien : en France, c'est la nullité totale d'ordre public que la jurisprudence a généralement adoptée comme sanction des infractions à la taxation des prix. C'est là très certainement l'une des séquelles les plus significatives de l'archaïsme et de l'arbitraire de la théorie classique des nullités, dont le droit positif est encore trop inspiré. Dans cette matière, l'opposition entre le but de la loi et la sanction prononcée apparaît de façon flagrante.

Si quelques décisions de juridictions inférieures ont effectivement admis la réduction du prix excessif stipulé, sous forme de restitution à l'acheteur du trop perçu (1), la jurisprudence dominante, en parti-

234. - (1) Cf. T. Com. Bordeaux, 7 mars 1944, D.A., 1944, p. 84, G.P., 1944.II.60 ; T. Com. St-Dié, 8 octobre 1947, G.P., 1947.II.199, R.T.D.C.v., 1948,

culier la Cour de cassation, a, au contraire, opté pour la nullité intégrale du contrat (2). Le raisonnement adopté est, schématiquement, le suivant : le prix est illicite puisqu'il contrevient à la réglementation ; or le prix est un élément essentiel du contrat ; donc la nullité totale s'impose. Quant à la réduction, elle n'est nulle part prévue. D'ailleurs, beaucoup la considèrent encore comme une sanction plus grave que la nullité, en ce sens que le juge est amené à modifier le contrat (3). Seul le législateur peut édicter une telle sanction : pas de réduction sans texte !

235. — Lorsqu'on sait avec quelle facilité la jurisprudence unanime, en l'absence de toute disposition législative et sur la base d'arguments variés aussi discutables les uns que les autres, a admis la réductibilité de la rémunération des mandataires et agents d'affaires (1), un tel raisonnement ne peut que laisser perplexe. S'il est un cas dans lequel la réduction s'imposait à l'évidence, c'était bien celui-là. La nullité intégrale du contrat est, en matière de taxation, une sanction quasi totalement inefficace. Certes, l'acheteur pourra acquérir à nouveau le même objet, au prix taxé cette fois. Mais cette solution ne nous paraît pas satisfaisante, car entre la première vente et son annulation le prix taxé a lui-même pu varier sensiblement. A ce propos, un auteur (2) écrit :

> « plutôt que de prononcer la nullité à la requête du vendeur pour ensuite obliger celui-ci, sur la demande de l'acheteur, à vendre de nouveau, mais au prix licite, autant décider immédiatement, par une sorte de contraction, que la vente sera maintenue après réduction du prix. »

Le recours à cette idée de contraction est bien subtil. L'ordre public et la finalité première de la taxation exigent ici directement la nullité partielle. Elle apparaît comme une sanction suffisante, puisque le prix n'est illicite que dans la mesure où il est excessif. Le contrat n'a pas une cause illicite (3). Mais la réduction est surtout, en l'occur-

p. 73, n° 26, obs. MAZEAUD ; Nancy, 29 octobre 1948, G.P., 1948.II.216, D. 1949, p. 274 ; T. Com. Seine, 23 décembre 1948, D. 1949, p. 275.

234. - (2) Cf. Poitiers, 30 juillet 1941, G.P., 1941.II.211, R.T.D.Civ., 1942, p. 70, obs. CARBONNIER : Req., 9 décembre 1946, G.P., 1947.I.62, R.T.D.Civ., 1947, p. 199, obs. CARBONNIER ; Rennes, 14 janvier 1947, G.P., 1947.I.105 et la note ; Com., 25 octobre 1949, S. 1950, p. 64, R.T.D.Civ., 1950, p. 183, obs. MAZEAUD. La jurisprudence n'est guère abondante sur ce point. Cela s'explique par le fait que la taxation affecte essentiellement, surtout à l'heure actuelle, les produits de première nécessité. L'intérêt en litige est donc très faible et il est assez rare que l'acquéreur lésé agisse en justice.

(3) Sur ce raisonnement, cf. *infra*, II[e] partie, n[os] 316 ss.

235. - (1) Cf. *supra*, n° 228.

(2) CARBONNIER, t. II, p. 397.

(3) Cf. Com., 25 octobre 1949, précité.

rence, la sanction nécessaire. L'efficacité de la réglementation des prix est liée à cette forme de nullité. M. Farjat (4) a particulièrement bien mis en évidence ce fait. Il montre que les dangers d'abstention et de dénonciations inopportunes sont précisément les conséquences de l'annulation totale de la convention.

> « Prononcer l'annulation complète de la convention parce qu'elle est d'une certaine manière contraire aux droits d'ordre public du protégé, c'est, dit-il (5), condamner la plupart du temps ce dernier au silence... Aussi bien l'annulation totale serait parfois absurde... »

Et il ajoute (6), parlant plus précisément du problème de la taxation :

> « Le remède à l'inaction du consommateur victime du prix illicite et à l'action à but spéculatif du vendeur résiderait tout simplement dans l'annulation partielle : dans la réduction du prix illicite. Alors le consommateur, dont l'intérêt personnel coïncidera avec le but de la loi, ne manquera pas de dénoncer la violation de la loi. Par contre le vendeur n'aura plus intérêt à agir... »

236. — Une telle réduction se heurte-t-elle à un obstacle juridique quelconque ? Certainement pas. La prétendue règle selon laquelle il n'y aurait pas de réduction sans texte ne repose sur aucun argument sérieux. La simple constatation que la réduction n'est qu'une forme particulière de la nullité partielle suffit à l'anéantir. Car si le juge peut annuler totalement le contrat, il peut à plus forte raison l'annuler seulement en partie. On ne saurait objecter, dans cette matière, que la nullité partielle méconnaît la volonté des parties, qui ont peut-être attaché une importance essentielle au prix stipulé. D'une part, seul le vendeur a pu avoir attaché une telle importance au prix convenu ; c'est précisément lui que la loi veut punir d'avoir exigé un tel prix : il ne pourrait donc, sans faire preuve de mauvaise foi, invoquer la nullité totale à son profit. D'autre part et surtout, l'ordre public fait précisément fi de la volonté des parties dans cette matière (1).

> « Qu'importe la volonté des parties sur un élément du contrat dont, de toute façon, elles ne sont pas maîtresses ! »,

dit très justement M. Farjat (2). Il est d'ailleurs curieux de constater que le rapprochement de ce problème avec la réduction des loyers excessifs n'ait été que très rarement fait, alors que les mêmes impératifs commandent les deux cas. C'est donc aussi la même sanction qui devrait s'appliquer.

235. - (4) *Op. cit.*, pp. 362 ss. Comp. SAVATIER, note sous T. Parit. de Lannion, 16 décembre 1949, D. 1950, p. 115.
(5) P. 362.
(6) P. 364.

236. - (1) Comp. *supra*, n° 100.
(2) *Op. cit.*, p. 399 ; *v°* également KHALIL, *op. cit.*, pp. 280 ss.

A défaut de revirement en jurisprudence, une mise au point législative s'avère donc nécessaire. Celle-ci pourrait résulter d'un texte général relatif à l'étendue de la nullité (3).

Section III

REDUCTION ET VICES DU CONSENTEMENT

237. — Parler de réduction en matière de vices du consentement peut paraître surprenant. En effet, ou le consentement est vicié, ou il ne l'est pas. Mais peut-il ne l'être que partiellement ? Pourtant, il suffit de penser à la notion d'erreur sur la valeur pour comprendre que le problème de la réduction peut se poser. D'ailleurs, à plusieurs reprises nous avons été amené à y faire allusion, la jurisprudence ayant eu recours à cette technique avant que le législateur n'ait apporté une solution à certains problèmes qu'elle avait eu à résoudre (1) ou qu'elle n'ait elle-même trouvé le véritable fondement de la réduction dans certaines hypothèses (2). C'est, cette fois, le principe même de l'admissibilité de la réduction comme sanction des vices du consentement qu'il s'agit d'examiner. Nous le ferons successivement à propos de la violence, de l'erreur et du dol (3).

1) La violence morale.

238. — L'origine de l'opinion selon laquelle la violence morale pourrait, dans certains cas, être sanctionnée par la réduction et non par la nullité totale peut être trouvée dans la réduction de la rémunération en matière d'assistance maritime. En effet, avant qu'une solution législative n'intervienne en 1916 (1), c'est sur ce fondement que reposait la réduction (2). Ce n'est cependant pas sans discussion que cette réductibilité du salaire stipulé par le capitaine-sauveteur a

236. - (3) Cf. *infra*, II[e] partie, n[os] 382 et 389.

237. - (1) Cf. *supra*, note 2 n° 227, en matière d'assistance maritime.

(2) Cf. *supra*, n° 231 et les références citées en note 2, en matière de réduction du prix de cession des offices ministériels. La jurisprudence a également invoqué quelquefois la théorie des vices du consentement à l'occasion de la réduction de la rémunération des mandataires et agents d'affaires : cf. *supra*, n° 228 *in fine*.

(3) Plusieurs auteurs ont abordé ce problème : Perrin, *op. cit.*, pp. 52 ss. ; Dijol, *op. cit.*, pp. 49 ss. ; Maury, *op. cit.*, pp. 164 ss. ; Demontès, *op. cit.*, pp. 134 ss. ; Blond, *op. cit.*, pp. 120 ss. ; Dalem, *op. cit.*, pp. 146 ss. ; Pérot-Morel, *op. cit.*, pp. 171 ss.

238. - (1) Cf. *supra*, n° 227.

(2) Cf. Demogue, De la violence comme vice du consentement, R.T.D.Civ., 1914, pp. 435 ss., en particulier n[os] 28 ss., et les nombreuses références citées en note 2, p. 466.

été admise. Ainsi, par un arrêt du 27 avril 1887, la Chambre des requêtes (3) approuve la Cour de Rouen d'avoir décidé :

> « que son consentement n'ayant pas été libre, la convention viciée dans son principe n'est pas seulement rescindable (sic !) mais annulable pour le tout ; »

Elle ajoute cependant :

> « qu'en dehors de tout contrat il y a lieu de rémunérer l'armateur... du service rendu... »

Si, dans un tel système, les principes sont saufs en ce qui concerne la nullité pour vice du consentement, en vertu de quel autre principe le juge peut-il accorder une juste rémunération alors que le contrat est nul ? Il n'est certes pas impossible de trouver une justification adéquate. Mais la réduction de la rémunération n'était-elle pas l'explication la plus simple et la plus logique ?

> « On n'aura de solution plus légale, disait Perrin en 1905 (4), que le jour où on aura reconnu au magistrat le droit de réduire l'engagement en raison d'un consentement partiel, évident, de l'obligé ; et dans la mesure où le juge pourra apprécier l'étendue de ce consentement. »

En matière d'assistance maritime, le problème a effectivement été résolu dans le sens souhaité par Perrin (5). Mais la difficulté n'est pas propre à cette hypothèse. Elle peut se présenter chaque fois que la contrainte a pour objectif l'obtention non pas de la conclusion même du contrat, mais de telles conditions avantageuses. N'est-il pas juste de dire, alors, que le consentement n'est vicité que partiellement, qu'il n'est atteint que dans le *quantum* et non dans le principe de la prestation ? La nullité du contrat apparaît, dans ces conditions, comme une sanction excessive. Sur ce point, mais à propos d'une hypothèse de contrainte différente, M. Malaurie (6) rejoint l'opinion de Perrin :

> « lorsque la violence résulte de la menace de voies de droit, tendant à obtenir un avantage excessif, la sanction en est la réduction. »

Quelquefois les tribunaux ont été sensibles à des raisonnements de ce genre et ont prononcé une telle réduction (7).

239. — Cependant, si l'on admet la base de ce raisonnement, qui renferme incontestablement une grande part de vérité et qui corres-

238. - (3) D.P., 1888.I.263, S. 1887.I.372.
(4) *Op. cit.*, p. 84.
(5) Cf. *supra*, n° 227.
(6) J. Cl. Civ., art. 1111-1115, n° 29.
(7) Cf. Req., 10 novembre 1908, D.P., 1909.I.16, S. 1909.I.76. Comp. Civ., 9 avril 1913, D.P., 1917.I.104. V° également : les observations critiques de RIPERT, Rev. crit., 1907, pp. 193 ss., à propos d'un jugement du T.C. de la Seine du 23 février 1907 (D.P., 1910.II.53) qui refuse de modifier des honoraires qu'il reconnaît excessifs ; CARBONNIER, t. II, p. 361.

pond parfaitement à la conception moderne de la notion de nullité — sanction adaptée au but de la règle de droit, il faut en accepter également les conséquences logiques. Celles-ci peuvent être très importantes, au point d'entraîner un véritable bouleversement de la théorie des nullités pour vices du consentement. Sous le couvert de la violence morale, n'est-ce pas à une admission généralisée de la lésion que l'on aboutit ? Si tel était le cas, on se heurterait à l'article 1118 du Code civil (1) qui stipule :

> « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes... ».

Il semble pourtant que cet obstacle ne soit pas insurmontable. Du moment que la jurisprudence justifie suffisamment ses solutions par une notion de violence modernisée, même si l'on peut en même temps qualifier la situation de lésionnaire, il n'y a pas de raison de les rejeter. Il n'est pas certain, d'ailleurs, qu'un tel système constituerait une violation de l'article 1118 (2). Ce texte vise exclusivement la lésion simple, objective, c'est-à-dire le seul déséquilibre des prestations. Au contraire, la lésion que l'on pourrait corriger au moyen d'une réduction fondée sur la notion de violence est une lésion qualifiée, qui trouve son origine dans la faute aquilienne.

Une nouvelle perspective est donc ouverte dans ce domaine. Si ce mouvement prenait de l'ampleur, les notions de nullité partielle et de réduction connaîtraient un essor remarquable. C'est ce qu'il nous importait de signaler.

2) L'erreur sur la valeur.

240. — De même que la violence, l'erreur entraîne normalement la nullité du contrat. Mais qu'en est-il si, au lieu de porter sur l'essence même du contrat ou sur une qualité substantielle de la chose, elle n'a trait qu'au *quantum* de la prestation ? La valeur n'est-elle pas elle-même parfois la qualité substantielle (1) ?

Logiquement il faudrait admettre que, si l'erreur ne porte que sur la valeur de la chose, objet du contrat, c'est par la réduction du prix et non par la nullité du contrat qu'il faudrait la sanctionner (2).

239. - (1) Cf. sur ce problème : Pérot-Morel, *op. cit.*, pp. 171 ss. ; de Bersaques, *op. cit.*, Mélanges Dabin, t. II, pp. 487 ss.
(2) Cf. : de Bersaques, *op. cit.*, p. 513.

240. - (1) Cf. Pérot-Morel, *op. cit.*, pp. 209 ss. et les références citées.
(2) Dans la mesure où un tel système serait admis, en droit ou en fait, il faudrait incontestablement le tempérer au moyen du principe d'autonomie. Si la valeur figurant au contrat a été pour les parties, ou du moins pour l'acheteur, une condition impulsive et déterminante, c'est-à-dire : si en connaissance de cause il n'aurait pas conclu le contrat, c'est la nullité totale qu'il faudrait prononcer. Ce tempérament ne pourrait cependant être admis qu'en cas d'erreur, mais non pas en cas de

La jurisprudence l'a effectivement admis dans certaines hypothèses. L'exemple le plus explicite et le plus caractéristique peut être trouvé en matière de vente de fonds de commerce. Un arrêt de la Chambre civile du 15 février 1898 (3) affirme péremptoirement, l'acheteur ayant été induit en erreur sur la véritable valeur du fonds,

> « que l'arrêt attaqué a pu, tout en maintenant la vente, en réduire le prix ».

Les tribunaux ont appliqué le même raisonnement dans un certain nombre d'espèces assez variées : cessions de portefeuilles d'assurance (4), cautionnements (5), marchés de vins (6). Dans certains cas, cette solution leur était d'ailleurs imposée pour des raisons d'ordre public. Il en est ainsi en cas d'erreur sur la valeur d'un office ministériel (7) ou du loyer exigible en vertu de la législation sur les baux (8). Dans ces hypothèses, si le prix excessif est délibérément stipulé par les parties, l'ordre public exige à la fois que de tels agissements soient sanctionnés et que la nullité soit cantonnée à la mesure de ce qui est excessif. Lorsque au contraire c'est l'erreur qui est à la base de l'excès, l'ordre public n'intervient qu'au second stade, pour déterminer l'étendue de la nullité (9). Cette analyse de la situation prouve bien qu'à l'origine l'erreur ne vicie pas le contrat tout entier.

L'admission généralisée d'une telle réductibilité pour erreur poserait les mêmes problèmes qu'en matière de violence morale. Nous renvoyons donc à ce qui a été dit à ce propos (10). L'erreur pourrait même plus facilement être prouvée, semble-t-il, que la contrainte morale. Toujours est-il que ce système se heurte encore à l'opinion généralement admise selon laquelle l'erreur sur la valeur n'est pas une cause de nullité (11).

contrainte ou de dol, pour les raisons exposées plus haut : cf. *supra*, n° 229.

240. - (3) S. 1898.I.445, D.P., 1898.I.192. V° dans le même sens : Paris, 9 novembre 1899, S. 1900.II.296 ; Paris, 20 juin 1911, G.P., 1911.II.497 et les références citées en note. Depuis la loi du 29 juin 1935 (D.P., 1935.IV.313) le problème ne semble plus pouvoir se poser en matière de vente de fonds de commerce : cf. art. 12 et 13. S'il se posait, c'est sur le plan de la garantie des vices qu'il serait résolu.

(4) Cf. Lyon, 21 mai 1897, S. 1900.II.297.

(5) Cf. Req., 30 juillet 1894, D.P., 1895.I.340, S. 1895.I.72.

(6) Cf. Montpellier, 23 octobre 1951, G.P., 1951.II, Table, p. 149, n°s 4 s.

(7) La sanction est la même, quelle que soit la cause de l'exagération du prix de cession d'un tel office : cf. *supra*, n° 231.

(8) Nous avons fait allusion à cette hypothèse : cf. *supra*, n° 232. V° par exemple : Soc., 4 novembre 1955, Bull., 1955.IV, n° 794, p. 598. Comp. Soc., 7 juillet 1955, Bull., 1955.IV, n° 597, p. 449.

(9) Sur le double rôle de l'ordre public en notre matière, cf. *infra*, II° partie, n°s 325 ss.

(10) Cf. *supra*, n° 239.

(11) *Contra*, notamment, Pérot-Morel, *op. cit., loc. cit.*

3) Le dol incident.

241. — S'agissant du dol, le problème de la réduction se pose en des termes légèrement différents. Il est communément admis que seul le dol qui a emporté la conclusion du contrat est sanctionné par la nullité. *A contrario*, il faudrait donc dire que le dol qui, sans être déterminant de la conclusion du contrat, a simplement eu pour conséquence le paiement d'un prix excessif, est indifférent. En réalité, le contractant lésé n'est pas entièrement désarmé dans ce cas. En effet, le dol qui n'a eu pour résultat que l'acceptation de conditions désavantageuses, appelé dol incident (1), est analysé par les tribunaux comme une faute au sens de l'article 1382, ce qui leur permet d'accorder réparation du préjudice subi, sous forme de dommages-intérêts (2).

Ces dommages-intérêts équivalent le plus souvent à une réduction du prix, en particulier lorsque celui-ci n'a pas encore été payé et que la compensation s'opère entre le prix fixé et les dommages-intérêts alloués. De là à dire qu'il s'agit en réalité d'une action en réduction proprement dite il n'y avait qu'un pas à franchir. Et certaines décisions (3), de même que certains auteurs (4), n'ont pas hésité à le faire.

> « Il est certain en droit, dit la Cour d'Amiens, que le dol peut faire rescinder les contrats dont il est la cause directe, et, *a fortiori*, il ouvre une ACTION EN RÉDUCTION du prix au profit de l'acquéreur trompé. »

S'agit-il réellement d'un cas de réduction ? Ce qui nous importe, ce n'est pas le résultat final, c'est le fondement juridique. Il semble que ce soit toujours sur l'article 1382 que la solution soit fondée. Mais on peut s'associer à M. Maury lorsqu'il écrit (5) :

> « Reconnaissons cependant que, les ressemblances l'emportant sur les différences, il est possible que se crée, peu à peu, une théorie de la réductibilité d'obligations excessives pour vices du consentement. »

Aucune règle de droit ne s'oppose, en effet, à ce que la jurisprudence prononce, au moyen d'une légère modification dans la motivation de ses solutions en matière de dol incident, de véritables nullités

241. - (1) Le dol incident ne doit pas être confondu avec le dol divisible, qui ne porte que sur une clause ou un partie d'un acte juridique et qui, de ce fait, donne également lieu à annulation partielle, mais pas sous forme de réduction. Cf. *supra*, n° 22.

(2) Cf. par ex. : Civ., 5 avril 1968, D. 1968, Somm., p. 89.

(3) Cf. T.C. Abbeville, 2 février 1875 et Amiens, 11 février 1876, Journal du Palais, 1877, p. 113, cités par DALEM, *op. cit.*, p. 154. Comp. Douai, 9 février 1893, D.P., 1894.II.213.

(4) Cf. notamment DEMONTÈS, *op. cit.*, p. 136 ; DALEM, *op. cit.*, pp. 152 ss. ; PÉROT-MOREL, *op. cit.*, pp. 191 ss.

(5) *Op. cit.*, p. 166.

partielles sous forme de réduction. L'article 1118, moins encore ici qu'en matière de violence ou d'erreur, ne constitue pas un obstacle infranchissable.

242. — En l'état actuel des choses, il est difficile de prévoir si cette tendance de la jurisprudence à introduire la notion de réduction dans la théorie des vices du consentement constitue l'amorce d'une modification profonde en matière de sanction de ces vices ou s'il ne s'agit que de décisions d'espèces, d'erreurs passagères. Pourtant, il y a lieu de faire, une fois de plus, un rapprochement entre les deux techniques de mise en œuvre du concept de nullité partielle. Il est généralement admis qu'un vice du consentement peut n'affecter qu'une clause ou une partie d'un acte juridique (1). Si la nullité peut être partielle à ce point de vue-là, pourquoi ne pourrait-elle pas l'être également au point de vue d'un élément quantitatif ? N'avons-nous pas déjà plusieurs fois eu l'occasion d'observer combien ces deux techniques sont voisines et sanctionnent souvent les mêmes dispositions ?

Si cette réductibilité pour vices du consentement était consacrée par la jurisprudence, elle entraînerait nécessairement un certain nombre de conséquences. Il en est deux qui seraient particulièrement heureuses. D'une part, à travers cette évolution, c'est la notion même de nullité qui se trouverait changée, par la force des choses. A la place de la sanction rigide, abstraite et souvent arbitraire que nous présentait la doctrine classique et dont la nullité du droit positif est encore trop souvent le fidèle reflet, apparaîtrait un instrument souple, susceptible de s'adapter aux besoins concrets et pouvant constituer un facteur de justice sociale incomparable. La reconnaissance de cette réductibilité mettrait, d'autre part, un point final à la traditionnelle controverse sur l'admission généralisée de la lésion, controverse qui serait, de ce simple fait, épuisée et résolue. Il est même permis de penser que ce serait là une solution meilleure que l'adoption d'un texte général. Il semble, en effet, que dans les pays où un système généralisé de lésion est entré dans le droit positif, il n'ait guère donné les résultats que l'on escomptait (2).

242. - (1) Cf. *supra*, n° 22, et les références citées. V° aussi : MALAURIE, J. Cl. Civ., art. 1111-1115, n° 29 et art. 1116, n° 24.
(2) Cf. sur ce point : RIEG, *op. cit.*, pp. 210 ss.

CHAPITRE IV

La réduction des effets d'une clause, sans modification apparente de celle-ci.

243. — Outre la nullité de certaines clauses ou parties d'un acte juridique, réalisée au moyen d'une amputation de cet acte (1), et la nullité partielle d'une stipulation quantitative par le procédé de la réduction (2), l'étude de la jurisprudence révèle l'existence de nullités partielles qui ne paraissent rentrer, de prime abord, dans aucune des deux catégories précédentes. Il s'agit d'une technique d'annulation partielle particulièrement subtile.

L'hypothèse est la suivante. Un acte juridique ou une disposition isolée d'un tel acte, en dehors de toute indication quantitative, a un certain champ d'application et produit un certain nombre d'effets. Il se pourra que certains de ces effets soient illicites sans que pour autant la clause tout entière soit nulle. Dans un tel cas, la sanction applicable sera L'ANNULATION DE CETTE CLAUSE DANS LA MESURE OU ELLE PRODUIT DES EFFETS ILLICITES. Comme la clause est, par hypothèse, rédigée en termes généraux et qu'elle n'indique pas quels effets précis elle produira, cette annulation de certains effets ne se manifeste par aucune modification apparente de la clause, qui reste valable, sauf dans la mesure où elle produirait les effets prohibés.

A notre connaissance, ce phénomène particulier n'a jamais été observé et analysé par les auteurs dans son ensemble. Cela n'a rien d'étonnant, d'ailleurs, si l'on sait combien la notion de nullité partielle elle-même a été négligée par la doctrine française.

243. - (1) Cf. *supra*, Titre I[er].
(2) Cf. *supra*, les chapitres I, II et III du Titre II.

De prime abord, l'existence de telles nullités partielles peut paraître surprenante. Comment une clause peut-elle être partiellement nulle tout en étant maintenue intacte par la décision qui prononce la nullité ? L'étude de la jurisprudence montrera que cela est non seulement possible, mais indispensable (3).

Ces nullités partielles pour le moins originales relèvent de la technique de la réduction. Il ne s'agit ni plus ni moins que d'une réduction des effets (4). La seule différence, par rapport aux hypothèses de réduction examinées dans les chapitres précédents, réside dans le fait qu'il n'y a pas, cette fois, réduction d'un chiffre, d'une quantité. C'est d'une réduction en quelque sorte intangible, abstraite, qu'il s'agit. Mais seule l'étude des applications concrètes de ce phénomène est susceptible de révéler à la fois sa véritable nature et son importance pratique. Ce n'est qu'au terme de cet examen que l'on pourra en tirer les conclusions théoriques.

§ 1. — Etude jurisprudentielle du phénomène.

On a tendance à croire, *a priori*, que les hypothèses concrètes d'une telle nullité de certains effets sans modification apparente de l'acte ne sauraient être que des curiosités juridiques, résultant de circonstances exceptionnelles. Il n'en est rien. Ce problème s'est posé en jurisprudence, ou est susceptible de se poser, dans de nombreux cas.

1) Réduction des effets et protection de la réserve héréditaire.

244. — C'est en matière de protection de la réserve héréditaire qu'une telle nullité partielle des effets d'une clause a fait l'objet, semble-t-il, des premières applications. La sanction directe de l'atteinte à la réserve, c'est la réduction des libéralités excessives. Lorsque la réserve n'est atteinte que de façon indirecte, c'est-à-dire lorsqu'une clause accessoire de la libéralité limite la libre disposition des biens qui constituent la réserve, en impose une affectation ou une

243. - (3) Il y a lieu de rappeler ici l'existence du phénomène inverse — plus rare, il est vrai — d'un acte apparemment entièrement nul, mais dont on maintient un effet implicite, parce que cet effet n'est pas vicié par la cause de nullité. Nous avons admis qu'il y avait nullité partielle dans un tel cas. Il s'agit essentiellement de l'effet révocatoire d'un testament ou d'une aliénation nul. Cf. *supra*, n^{os} 16 ss.

(4) Il nous a cependant paru impossible de libeller ainsi le titre de ce chapitre, sans autre précision. Ce titre n'aurait pas été assez explicite, car toute réduction, aussi bien celle du prix, de l'objet, de la durée que celle dont il s'agit ici, est une réduction des effets, dans un sens large.

utilisation précise, en fixe à l'avance le statut juridique, etc..., la sanction est, en principe, la nullité de ces clauses (1). Mais les libéralités affectées de telles charges ou conditions, faites au profit d'héritiers réservataires, ne se limitent généralement pas à la part réservataire. Celle-ci n'en constitue normalement qu'une fraction plus ou moins importante. Or, si la réserve est absolument intangible, le disposant peut imposer toute charge ou condition licite en ce qui concerne la quotité disponible. Il faut en conclure logiquement que ces clauses ne sont nulles que dans la mesure où elles affectent la part réservataire. Elles sont pleinement valables pour le surplus. Comment une telle nullité partielle de ces clauses peut-elle être réalisée concrètement ? Il suffira que le juge déclare que la clause litigieuse est nulle en ce qu'elle concerne la réserve, valable pour le reste. Il ne la modifiera en rien ; il en limitera simplement les effets. L'importance concrète de cette première hypothèse de nullité partielle sans modification apparente de la clause viciée est évidente.

245. — Reste à savoir si les tribunaux se sont arrêtés à de telles subtilités. Il y a tout lieu de croire que, le plus souvent, ni les parties, ni les magistrats n'auront songé à opérer une telle distinction. L'héritier réservataire ayant prouvé qu'une clause porte atteinte à sa réserve, ces derniers auront purement et simplement annulé cette clause. Parfois, cependant, le double champ d'application a été nettement aperçu. La jurisprudence n'a pas hésité, alors, à n'annuler la clause litigieuse que dans la mesure où elle portait atteinte à la réserve. Un arrêt de la Chambre civile du 6 mai 1885 (1) nous offre un excellent exemple. Un père avait, dans le cadre d'une donation-partage, stipulé que les biens attribués à l'un de ses fils ne tomberaient pas en communauté. Les héritiers du conjoint lésé agirent en nullité. Il est admis que les auteurs de libéralités peuvent ainsi soustraire les biens donnés au régime juridique prévu par le contrat de mariage du bénéficiaire. La Cour de Douai en conclut, dans cette affaire, que cette clause était valable (2). Son arrêt fut cassé : dans la mesure de la réserve, le disposant ne peut imposer aucune charge, condition ou affectation des biens donnés.

> « Attendu, dit la Cour suprême, que la transmission des biens compris dans la réserve s'opère par la volonté de la loi ; que dès lors le père de famille ne peut par aucune disposition... modifier les conditions légales de cette transmission ; attendu que cette donation... paralysait donc l'effet du contrat de mariage... dans tout ce qui excédait la quotité disponible ; que, en conséquence, la femme

244. - (1) Cf. *supra*, n° 123 et la note 1.

245. - (1) D.P., 1885.I.369, S. 1885.I.289, note Labbé.

(2) Dans le même sens : T.G.I. Strasbourg, 10 janvier 1968, D. 1968, p. 720, note D. Schmidt, J.C.P., 1969, n° 15776, note Savatier.

L. ou ses ayants cause étaient fondés à demander la nullité d'une condition qui faisait grief aux conventions matrimoniales, en ce qui concernait la réserve légale ; qu'il suit de là que la Cour de Douai... EN REPOUSSANT, EN CE QUI CONCERNAIT LA RÉSERVE LÉGALE, LA DEMANDE des héritiers de la dame L., a violé... »

Par conséquent, la clause en question aura sorti son plein effet pour ce qui est de la quotité disponible, mais elle était nulle dans la mesure où elle portait également sur la réserve. Il y a bien nullité partielle de la clause. Mais rien n'en est modifié en apparence. Le juge pose simplement une limitation, mais qui reste extérieure à l'acte. Cela n'empêche que cette sentence a très exactement le même effet que celle qui annule une clause en la rayant de l'acte qui la contient ou qui réduit une disposition quantitative en substituant un chiffre à un autre.

On n'éprouve aucune difficulté à trouver d'autres exemples de ce genre en jurisprudence. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour suprême du 27 juin 1933 (3) déclare nulle, toujours dans la mesure de la réserve, une clause d'un legs par laquelle le testateur entendait soustraire au père du légataire, mineur, le droit de jouissance légale sur les biens légués. Dans une affaire dans laquelle la clause litigieuse imposait la vente des meubles successoraux, le Tribunal civil de Marseille avait annulé la clause comme attentatoire à la réserve. Son jugement est infirmé par la Cour d'Aix, le 17 décembre 1945 (4), qui déclare la clause valable dans les limites de la quotité disponible. On peut citer également l'affaire du testament du duc de Noailles (5), dans laquelle trois héritiers étaient en présence : deux filles et une petite-fille, venant par représentation de son père. Une clause du testament stipulait : « Mes filles auront le droit de choisir les premières... tant en ce qui concerne la quotité disponible... que leurs parts réservatrices (sic). » Cette clause était nulle en ce qui concernait la part réservataire de la petite-fille. Certes, cette fois, la nullité partielle se manifeste concrètement : on supprime le membre de phrase se rapportant aux parts réservataires, en maintenant le reste. Mais la solution eût été exactement la même si le testateur avait simplement stipulé le libre choix, sans autre précision.

On pourrait multiplier les hypothèses en songeant, par exemple, au cas d'une clause d'inaliénabilité (6) ou d'une charge de substitution

245. - (3) D.H., 1933, p. 460.
(4) J.C.P., 1946, n° 3035, note BECQUÉ.
(5) Paris, 10 décembre 1962, J.C.P., 1963, n° 13160, note VOIRIN, R.T.D. Civ., 1963, p. 592, obs. SAVATIER.
(6) Cf. en ce sens : TIMBAL, J. Cl. Civ., art. 913-916, n° 20 :
« Même dans les cas où la condition d'inaliénabilité serait licite en elle-même, elle doit être tenue pour non écrite, au moins

licite (7), ou encore d'une clause testamentaire imposant le maintien dans l'indivision : dans la mesure où elles porteraient sur la réserve, elles seraient incontestablement nulles. Il en serait de même d'une clause d'exhérédation. Le problème s'est posé tout récemment à propos d'un legs *de residuo* : peut-il être imposé à un héritier réservataire en ce qui concerne le montant de sa réserve (8) ? De façon générale, toute charge ou condition relative aux biens donnés, modifiant leur régime juridique normal, est nulle si, et dans la mesure où, elle porte sur la réserve héréditaire.

2) Réduction des effets et clauses de non-responsabilité ou de non-garantie.

246. — D'autres illustrations du même phénomène peuvent être trouvées en matière de clauses d'irresponsabilité. De telles clauses sont licites en ce qui concerne les fautes légères, mais nulles lorsqu'elles tendent à exonérer des fautes lourdes, assimilées au dol. Que faire, alors, lorsqu'une clause est rédigée en termes généraux ? La seule solution serait, là encore, de la déclarer nulle dans la mesure où elle exonérerait de la responsabilité des fautes lourdes et de la maintenir telle quelle en ce qui concerne les fautes légères.

Avec des formules plus ou moins précises, c'est effectivement ce qu'a fait, quelquefois, la jurisprudence en présence d'un tel problème.

parte in qua, quand elle s'étend à la fraction revenant au gratifié en tant que réservataire. »

Un arrêt de la Cour de Rouen du 22 octobre 1923, D.P., 1926.II.54, note H.L., applique très exactememnt ces principes :

« La condition (d'inaliénabilité)... doit être réputée non écrite en tant seulement qu'elle porte sur les biens composant la réserve... »

245. - (7) L'article 1048 du Code civil prévoit expressément ce cas. Comp., en matière de clause d'insaisissabilité, art. 581-3° du Code de procédure civile.

(8) Cf. Rennes, 16 janvier 1967, R.T.D.Civ., 1967, pp. 425 ss., n° 10, avec les observations de M. Savatier. Pour d'autres hypothèses possibles en matière de protection de la réserve, cf. H. Vialleton, Les legs faits aux réservataires et l'attribution de la réserve, R.T.D.Civ., 1940-1941, pp. 1-39, en particulier, pp. 6 ss. A propos du legs de la chose du légataire sous forme de charge, Vialleton (p. 10) entrevoit ce problème de la nullité partielle de la charge :

« Legs et charge ne pourront être maintenus et exécutés que dans la mesure où ils se balanceront avec une attribution sur quotité disponible. Imputés sur la réserve, ils PÈSERAIENT SUR SON INTÉGRITÉ ET DEVRAIENT ÊTRE DIMINUÉS DANS TOUTE LA MESURE NÉCESSAIRE pour la restituer intacte. »

Cf. pour une hypothèse de ce genre : Civ., 9 novembre 1959, J.C.P., 1960, n° 11584, note Voirin, D. 1959, p. 613, note Savatier.

Un arrêt de la Cour de Tunis du 26 juin 1958 (1) est particulièrement explicite :

> « Attendu... qu'à supposer la clause... susceptible d'être appliquée au litige, ladite clause est NULLE DANS LA MESURE OU ELLE EXONÉRERAIT P. DE SES FAUTES LOURDES ; »

D'autres arrêts se contentent de déclarer la clause « inapplicable » en cas de faute lourde (2). Cette façon de s'exprimer aboutit au même résultat que la précédente, mais elle n'a pas de signification juridique. L'« inapplicabilité » est une sanction que le droit ne connaît pas. Mais, souvent, les tribunaux annulent purement et simplement de telles clauses (3). Dans la mesure où elles auraient été valables si elles avaient été limitées aux seules fautes légères, une telle sanction est excessive. La solution de la Cour de Tunis est la meilleure : en fait, elle remplit entièrement son rôle, mais sans le dépasser ; en droit, elle est la seule qui soit techniquement irréprochable.

Dans le domaine des clauses d'irresponsabilité, cette dichotomie entre fautes légères et fautes lourdes n'est pas la seule qui soit susceptible de donner lieu à une nullité partielle sans modification de la clause. Ainsi, dans un arrêt de la Cour de Paris du 27 janvier 1956 (4), le litige portait sur une clause d'irresponsabilité incluse dans un connaissement. Le problème était de savoir si les opérations ayant eu lieu avant l'embarquement et après le débarquement étaient des opérations de transport terrestre. La Cour de Paris estime que tel est effectivement le cas. Elle annule par conséquent la clause en tant qu'elle concernait les opérations de transport terrestre, en vertu de l'article 103 du Code de commerce.

246. - (1) G.P., 1958.II.316. Ont admis la même solution d'une nullité partielle : Civ. 12 mai 1930 et 11 février 1931, D.P., 1932.I.5 ; Civ., 18 janvier 1937, D.H., 1937, p. 113. V°, dans le même sens : note MIMIN, D. 1951, p. 581.

(2) Cf. Civ., 29 juin 1932 et 3 août 1932, D.P., 1933.I.49, note JOSSERAND ; Com., 7 juin 1952, D. 1952, p. 651 ; Com., 9 mars 1959, Bull. 1959.III, n° 124, p. 111 (3 arrêts). Comp. : Soc., 3 août 1948, D. 1948, p. 536 ; Soc., 15 juillet 1949, J.C.P., 1949, n° 5181 (2e espèce) ; Civ., 20 mars 1958, Bull., 1958.I, n° 166, p. 129 ; Paris, 29 mars 1968, J.C.P., 1968, n° 15649, note F. DURAND. V° également : Civ., 21 décembre 1964, J.C.P., 1965, n° 14005 et la note : l'arrêt déclare que la clause de non-garantie, qui semble bien être, en l'espèce, une clause de non-responsabilité, « ne saurait étendre ses effets aux fautes lourdes ». La Chambre commerciale, dans un arrêt du 18 décembre 1967 (Bull., 1967.III, n° 419, p. 395), emploie une formule équivalente.

(3) Cf. Civ., 2 août 1950, D. 1951, p. 581, note MIMIN, J.C.P., 1951, n° 6592, note ESMEIN, et les références citées par ces auteurs ; Com., 3 avril 1968, Bull., 1968.IV, n° 128, p. 110, D. 1968, p. 655.

(4) D. 1956, p. 240, note RIPERT, J.C.P., 1956, n° 9206, note de JUGLART. V° également : CHAUVEAU, J.C.P., 1956, chron. n° 1305. Ces auteurs critiquent l'arrêt en ce qu'il a dédoublé le contrat en une partie maritime d'une part et une partie terrestre d'autre part.

247. — Dans une matière assez voisine de la précédente, celle des clauses de non-garantie, cette technique particulière de nullité partielle est également susceptible de trouver des applications. Il résulte de l'article 1643 que le vendeur ne peut pas s'exonérer de la garantie des vices cachés qu'il connaît. Une présomption irréfragable d'une telle connaissance frappe le vendeur chaque fois qu'il est un professionnel. Donc, une clause de non-garantie sera nulle en ce qui concerne les vices cachés, si tel est le cas (1). Mais une fois de plus, la jurisprudence parle le plus souvent d'« inapplicabilité » (2), à moins qu'elle n'annule purement et simplement la clause (3). Il est vrai qu'en dehors des vices cachés, celle-ci ne présentera plus guère d'intérêt.

3) Réduction des effets et durée indéterminée d'une convention.

248. — D'autres exemples caractéristiques de cette technique peuvent être relevés en matière de limitation de la durée des conventions. Nous avons admis que, chaque fois que la loi ou d'autres impératifs exigent qu'une convention n'ait pas une durée ou, dans l'hypothèse particulière de la clause de non-concurrence, un champ d'application dans l'espace excessifs, la sanction, en cas d'excès, devait être, en principe, la réduction. Mais qu'en est-il si les parties n'ont précisément pas stipulé de durée, c'est-à-dire si la durée est indéterminée (1) ? Dans ce cas, on ne peut pas substituer un chiffre à un autre. Le juge doit alors décider que la clause est nulle dans la mesure où elle viendrait à effet au-delà de telle limite.

On peut citer en ce sens, en matière de bail, un arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 1932 (2), qui dit :

247. - (1) En ce sens : Civ., 17 mai 1965, Bull., 1965.I, n° 324, p. 240.
(2) Cf. Com., 30 novembre 1955, Bull., 1955.III, n° 350, p. 295 ; Civ., 16 décembre 1959, Bull., 1959.I, n° 542, p. 444. Comp. T.C. Nice, 23 octobre 1957, J.C.P., 1958, n° 10525 ; Com., 24 octobre 1961, D. 1962, p. 46, note Hémard (ce dernier arrêt parle d'inopposabilité) ; Com., 17 juillet 1964, Bull., 1964.III, n° 381, p. 339 ; Com., 4 novembre 1964, Bull., 1964.III, n° 478, p. 427 ; Com., 22 mai 1968, Bull., 1968.IV, n° 167, p. 148.
(3) Cf. Rouen, 20 mars 1959, D. 1959, Somm., p. 82. Comp. Com., 22 novembre 1965, Bull., 1965.III, n° 593, p. 533. Rappr. : Civ., 12 juin 1968, Bull., 1968.III, n° 273, p. 210. Le terme de nullité ne se trouve pas dans ce dernier arrêt, mais il écarte la clause en raison de son « caractère dolosif ».

248. - (1) Ces observations ne valent, pour les contrats qui, comme le contrat de travail et le bail, sont unilatéralement résiliables lorsque leur durée est indéterminée, que pour le cas où ils sont soumis à un terme incertain.
(2) D.H., 1933, p. 51, G.P., 1933.I.159. C'est très exactement ce que préconisent Planiol et Ripert, t. X, par Hamel, Givord et Tunc, n° 448, p. 576.

« que si les parties ont fait dépendre la cessation de la location d'un événement indéterminé dans le temps, le contrat PREND FIN DÈS QU'IL S'EST ÉCOULÉ 99 ANS sans que l'événement prévu se soit réalisé. »

Telle est également la solution adoptée par l'arrêt de la Chambre civile du 3 mars 1964 (3) à propos d'une clause d'exclusivité sans stipulation de durée. La même solution devrait être appliquée en matière de conventions d'indivision. L'article 815, al. 2 ne dit-il pas expressément que cette convention « ne peut être obligatoire au-delà de cinq ans » ? Telle est exactement la formule qui pourrait être reprise par le juge en cas de clause à durée indéterminée ou soumise à un terme incertain. Et la solution ne devrait pas être différente en matière de clause accordant la saisine à l'exécuteur testamentaire, de clause de réméré, de clause de non-concurrence, de clause d'inaliénabilité même, sous réserve qu'elle ne soit nulle que parce qu'elle a une durée indéterminée.

4) Réduction des effets et atteinte indirecte au S.M.I.G.

249. — C'est en droit du travail, plus précisément en matière d'atteinte au S.M.I.G., que l'on trouve peut-être les applications les plus remarquables de cette annulation partielle sans modification de la clause. Les litiges relatifs au salaire minimum portent plus souvent sur des atteintes indirectes à cette institution que sur la stipulation directe d'un salaire inférieur. Ces atteintes indirectes résultent généralement du jeu de certaines clauses du règlement d'atelier ou du contrat de travail, concernant la responsabilité des salariés en cas de pertes ou les risques mis à leur charge. Il y a atteinte au S.M.I.G. lorsque l'application de ces clauses entraîne le paiement d'un salaire inférieur. La jurisprudence annule ces clauses, mais seulement dans la mesure où elles ont comme conséquence une atteinte au S.M.I.G. Elle déclare donc que ces clauses ne peuvent avoir des effets valables que dans la mesure où il n'en résulte pas le paiement d'un salaire inférieur. Et, cette fois, les arrêts qualifient très justement la sanction prononcée de nullité, bien qu'en pratique il ne s'agisse que d'une « inapplicabilité ».

« Attendu, dit la Chambre sociale dans un arrêt du 19 novembre 1959 (1), qu'après avoir constaté que le règlement intérieur de la

248. - (3) D. 1965, p. 73, note Hémard, J.C.P., 1964, n° 13604, concl. Lindon.

249. - (1) D. 1960, p. 74, note Lindon, J.C.P., 1960, n° 11397, note Bizière. A la même référence au D. 1960 on trouve un autre arrêt exactement semblable de la Chambre sociale, du même jour. Cf. également, dans le même sens : Soc., 9 avril 1962, Bull., 1962.IV, n° 375, p. 289 ; Soc., 3 janvier 1963, J.C.P., 1963, n° 13048, note Bizière ; Paris, 21 jan-

Société... était nul... en tant qu'entraînant le paiement... d'un salaire dont le montant était inférieur au S.M.I.G., le jugement attaqué déboute pour le tout la Société... ; qu'en statuant ainsi, sans limiter leur décision au montant du S.M.I.G. alors que le règlement intérieur N'ÉTAIT CONTRAIRE A L'ORDRE PUBLIC QUE DANS LA MESURE OU IL ENTRAINAIT LE VERSEMENT... D'UNE RÉMUNÉRATION INFÉRIEURE A CE MONTANT et qu'il faisait, pour le surplus, la loi des parties, les juges du fond, qui se sont contredits, n'ont pas légalement justifié leur décision. »

5) Hypothèses diverses.

250. — Dans un tout autre domaine : celui du droit au renouvellement en matière de baux commerciaux, il faut citer, encore, un arrêt de la Cour de Paris du 3 octobre 1961 (1) :

« Considérant que si la clause du bail faisant obligation à la société preneuse, à l'expiration des conventions locatives, de rendre le terrain libre de toutes constructions et débarrassé de tous gravats ne pouvait faire échec au droit du preneur au renouvellement du bail, cette clause ne s'impose pas moins aux parties dans la mesure où elle ne porte pas atteinte audit droit. »

Enfin, le Tribunal de commerce de la Seine (2) a fait application de cette technique de réduction des effets à une clause pénale stipulée dans un prêt et constituant une atteinte à la réglementation de l'usure. Le tribunal maintient la clause, mais en réduit les effets dans la mesure où, cumulée avec les intérêts prévus, elle aboutirait à la perception d'un intérêt excédant le maximum autorisé (3) (4).

La diversité des exemples dans lesquels un tel problème de nullité de certains effets d'une clause s'est posé prouve suffisamment que ce phénomène possède un caractère de généralité tel qu'il doit être considéré comme constituant une technique autonome de mise en œuvre du concept de nullité partielle.

§ 2. — Synthèse.

251. — Il est malaisé d'enfermer toutes les applications jurisprudentielles examinées dans une formule générale. Nous serions tenté

vier 1966, J.C.P., 1966, n° 14877, note B. P. ; Soc., 28 octobre 1968, J.C.P., 1968.IV, p. 194.

250. - (1) J.C.P., 1962, n° 12759, note Boccara.

(2) T. Com. Seine, 24 octobre 1967, J.C.P., 1968, n° 15450, obs. H. B.

(3) Rappr. : un arrêt de la Cour de Besançon du 26 novembre 1956, J.C.P., 1958, n° 10477, note Esmein, qui déclare une clause d'échelle mobile dans un prêt valable en ce qui concerne le capital, mais non pour les intérêts, qui sont eux-mêmes déjà usuraires.

(4) V° également l'article 49, al. 2, de la loi du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention :

« Si le brevet n'est annulé que partiellement, la nullité est prononcée sous la forme d'une LIMITATION DES REVENDICATIONS. »

de dire que cette technique particulière d'annulation partielle entre en jeu chaque fois que dans le champ d'application d'un acte juridique ou d'une clause d'un tel acte se trouve, en quelque sorte, une enclave qui reste, de par la volonté de la loi, en dehors de la sphère d'influence de la stipulation litigieuse. Il nous semble cependant qu'il faille distinguer au moins deux groupes d'hypothèses parmi celles que nous avons mentionnées. Dans le premier rentreraient les cas de limitation d'une durée indéterminée. Il ne s'agit, en réalité, que d'un corollaire de la réduction puisque la différence réside simplement dans le fait que les auteurs de l'acte ont ou n'ont pas fixé une durée déterminée (1). Dans la seconde catégorie on pourrait placer toutes les autres hypothèses examinées. Il s'agit toujours de clauses valables dans leur principe, mais qui produisent, accessoirement ou indirectement, des effets illicites. C'est pour cette catégorie que l'image de l'enclave dans le champ d'application est particulièrement suggestive.

252. — Cette façon originale de mettre en œuvre le concept de nullité partielle ne pourrait, évidemment, que très difficilement être conciliée avec la théorie classique des nullités et intégrée dans ses cadres rigides. Comment une clause peut-elle être nulle, ne fût-ce que partiellement, tout en étant maintenue telle quelle pour l'avenir, du moins apparemment ? Comment concilier le concept de nullité absolue et d'ordre public avec ce maintien de la clause ? Même les auteurs actuels ont accueilli avec un certain étonnement ces applications certes curieuses, de prime abord, de la théorie des nullités. L'un d'entre eux (1) pense que la notion d'ordre public ne peut pas être « à éclipse ».

Pourtant, si l'on confronte ces solutions avec la théorie moderne de la nullité, dans ses interprétations les plus avancées, et plus parti-

251. - (1) L'article 80 de la loi du 1er septembre 1948 fournit une hypothèse assez curieuse dans laquelle cette technique d'annulation partielle est susceptible de trouver application, mais en sens inverse, si l'on peut dire. Ce texte dispose :

> « Nonobstant toute stipulation contraire, la clause insérée dans le bail prévoyant la résiliation de plein droit faute de paiement du loyer aux échéances convenues, ne produit effet qu'un mois après la date de la sommation ou du commandement de payer demeuré infructueux. »

Alors que dans les hypothèses de durée indéterminée excessive précédemment étudiées, le juge devait déclarer la clause nulle dans la mesure où elle serait applicable au-delà d'une certaine durée, c'est cette fois l'inverse qui se produit : la clause est nulle dans la mesure où elle permettrait la résiliation de plein droit avant l'écoulement du délai d'un mois. C'est donc un terme suspensif que le juge doit fixer ici et non, comme c'est le cas habituellement, un terme extinctif.

252. - (1) M. Bizière, note au J.C.P., 1960, n° 11397. V° également, du même auteur, une note au J.C.P., 1963, n° 13048.

culièrement avec la théorie de Japiot qui, bien qu'elle date du début de ce siècle, est encore l'une des plus révolutionnaires, on constate avec étonnement qu'elles s'y intègrent comme par enchantement. Vraisemblablement Japiot n'a pas songé à de telles applications de la notion de nullité, pas plus qu'il n'a envisagé le problème de l'étendue de la nullité dans son ensemble. Mais, selon une formule devenue classique, il a défini la nullité comme un droit de critique dirigé contre les effets de l'acte (2). Et il admet que ce droit de critique peut être divisible aussi bien quant aux personnes que quant aux effets critiqués (3). En d'autres termes : la nullité de tel effet n'emportera pas nécessairement celle des autres.

N'est-ce pas très exactement ce qui se produit dans les hypothèses que nous avons examinées. Une clause peut avoir de multiples effets plus ou moins directs, plus ou moins lointains. Si certains de ces effets sont illicites, eux seuls doivent disparaître. Telle est la finalité première de la nullité. Que celle-ci se manifeste extérieurement par la suppression d'une clause de l'acte ou par la réduction d'un chiffre fixé par les parties ou, au contraire, que la clause ou l'acte, rédigé en termes généraux, subsiste tel quel, cela importe peu. Ce ne sont là, précisément, que des phénomènes extérieurs, secondaires. L'essentiel de la sanction, c'est la décision du juge déclarant que l'acte ne pourra pas ou n'a pas pu produire tout ou partie de ses effets.

Ces nullités sans modification apparente de l'acte ne constituent donc pas des cas marginaux. D'ailleurs, l'analyse de la jurisprudence l'a suffisamment montré. Ce sont des nullités au plein sens du terme, au même titre que la nullité d'une clause accessoire d'un acte « simple » ou d'une partie d'un acte « complexe » ou encore que la réduction d'un *quantum* excessif.

252. - (2) *Op. cit., pp.* 271 ss.
(3) *Op. cit.*, p. 296.

Conclusion de la première partie.

253. — Le concept de nullité partielle se réalise concrètement au moyen de trois techniques différentes.

La première est tout à fait classique: c'est LA NULLITÉ D'UNE CLAUSE OU D'UNE PARTIE D'UN ACTE JURIDIQUE. C'est aussi la seule des trois techniques qui ait une base légale. Encore faut-il ajouter, d'une part, que cette base légale, c'est-à-dire les articles 900 et 1172, n'est qu'un point de départ ; on peut même dire qu'elle n'est qu'une façade derrière laquelle s'abrite un système entièrement jurisprudentiel ; et, d'autre part, que ces textes ne régissent que le cas des actes juridiques « simples » ; pour les actes « complexes » le problème de l'étendue de la nullité est résolu au moyen d'un critère jurisprudentiel différent, du moins en apparence : le concept d'indivisibilité. C'est principalement cette différence de critère qui justifiait une étude distincte de la nullité partielle des actes « simples » et des actes « complexes ».

La seconde technique, c'est LA RÉDUCTION. Si cette technique existe réellement, le droit positif ne la connaît pas en tant que telle. Il contient simplement un certain nombre d'hypothèses éparses, dans lesquelles la loi ou la jurisprudence prescrivent la réduction.

S'agissant de LA NULLITÉ DE CERTAINS EFFETS D'UNE CLAUSE SANS MODIFICATION APPARENTE DE CELLE-CI, si elle n'est qu'un corollaire de l'idée de réduction, elle n'en constitue pas moins une technique tout à fait particulière d'annulation partielle. Si l'on s'en tient au nombre de ses applications concrètes, elle est la moins importante. Son intérêt théorique, en revanche, est considérable. Nous n'hésitons pas à en faire le type même d'une application raisonnée, équitable et efficace du concept de nullité.

254. — Dans cette partie analytique de notre travail, nous sommes, certes, loin d'avoir relevé toutes les applications concrètes de ces trois techniques.

> « Il n'y a point de législation dans le monde qui ait pu déterminer le nombre et fixer la diversité des conventions dont les affaires humaines sont susceptibles... » :

nous nous abritons derrière ces paroles de Portalis (1), en les transposant dans notre matière : il est impossible d'envisager tous les cas de nullité partielle susceptibles de se présenter devant les tribunaux.

Notre seul objet était de dégager une notion : celle de nullité partielle. L'étude de ses principales applications avait une double fonction : elle devait, d'une part, illustrer ce concept et en révéler l'importance pratique et, d'autre part et du même coup, préciser peu à peu son sens et faire ressortir ainsi les avantages de sa mise en œuvre. En un mot, cette étude du droit positif avait pour but de donner à cette notion une existence concrète. Le meilleur moyen d'atteindre cet objectif nous a paru être non pas une démonstration abstraite, mais la révélation de son importance pratique.

Celle-ci nous paraît, en effet, incontestable. La nullité partielle n'est pas un phénomène exceptionnel, une curiosité juridique qu'il était intéressant de mentionner à ce titre. Sans vouloir prétendre qu'elle constitue le droit commun des nullités, n'y a-t-il pas, cependant, autant de cas d'annulation partielle que de nullités totales ? On peut du moins affirmer qu'avant de prononcer une nullité le juge devrait toujours s'interroger sur son étendue.

Un acte juridique est toujours constitué d'un certain nombre d'éléments dont les uns sont abstraits : le consentement, la cause et, dans l'une de ses acceptions au moins, l'objet, alors que les autres ont une existence concrète : ce sont les diverses clauses de l'acte, concernant son prix, sa durée, son objet, son champ d'application, et, le cas échéant un certain nombre de dispositions accessoires qui peuvent être aussi variées que nombreuses. Le vice qui atteint l'acte n'affecte nécessairement que l'un de ces éléments. En est-il un seul qui, lorsqu'il est vicié, entraîne toujours et forcément la nullité de l'acte tout entier ? Nous avons suffisamment démontré que même des éléments abstraits tels que le consentement, la cause ou la capacité pouvaient n'être viciés ou absents que partiellement et n'entraîner que la nullité de certaines clauses ou la réduction de certains *quanta*. Il n'en reste pas moins, certes, que dans de nombreux cas il ne saurait être question de songer à une nullité partielle de l'acte. Mais le seul fait que le problème de l'étendue de la nullité est susceptible de se poser en n'importe quelle hypothèse est une preuve suffisante de l'intérêt que présente une étude des techniques qui permettent de le résoudre.

254. - (1) Discours préliminaire au Code civil, FENET, t. I, p. 509.

255. — Car c'est bien de techniques juridiques qu'il s'agit. Nous avons observé que le droit romain en connaissait déjà des applications (1). Celles-ci n'ont cessé, depuis, de se multiplier. Malheureusement ce processus, en France du moins, s'est développé dans l'anarchie. Comme le dit excellemment M. Perrot (2) :

> « L'évolution du monde moderne nous enseigne que le progrès des sciences réside essentiellement dans le progrès de ses techniques. Seulement, un tel progrès ne résulte pour ainsi dire jamais de la découverte de moyens d'action absolument nouveaux, sans aucun lien avec ceux qui les ont précédés. A vrai dire, l'homme invente peu ; il transforme et affine les procédés de réalisation dont il dispose. »

Cette observation générale s'applique parfaitement à notre problème. La technique des nullités est de celles pour lesquelles une adaptation, une mise à jour, pourrait-on dire, s'avère nécessaire, plus particulièrement en ce qui concerne, précisément, l'étendue de la nullité.

Si la jurisprudence a été quotidiennement confrontée à ce problème, la doctrine, en revanche, l'a à peu près totalement négligé. Peu importe, serait-on tenté de répondre : ce n'est là qu'un problème de mise en œuvre qui est de la compétence de la pratique. Pour parer à cette objection, nous ne pouvons mieux faire que de nous abriter derrière l'opinion de Gény (3) :

> « Il ne s'agit pas de sacrifier la pratique à la théorie, non pas même de contester la supériorité pragmatique de la première sur la seconde.. Il s'agit simplement de savoir si une pratique éclairée n'atteint pas plus sûrement et plus pleinement le but qu'une pratique aveugle, s'il ne vaut pas mieux allumer sa lanterne que tâtonner dans l'obscurité sans même se chercher un guide, et si définitivement une analyse consciente et impartiale de nos procédés d'investigation n'a pas quelque chance d'en accroître l'efficace... Partout nécessaires et fécondes, les idées d'ordre, de clarté, de discipline rationnelle, doivent plus particulièrement encore dominer l'élaboration du droit, qui tend, avant tout, à diriger la vie des hommes, en s'assujettissant à des règles conformes à leur nature raisonnable.»

On est bien loin, dans notre matière, de l'idéal ainsi décrit.

Il faut cependant reconnaître que la jurisprudence a généralement mis à profit d'une façon heureuse les faibles moyens dont elle disposait. C'est au législateur qu'incombait le devoir de lui fournir les instruments de travail. Or, ceux qu'il a mis à sa dipsosition, les arti-

255. - (1) Cf. *supra*, note 3 n° 28.
(2) De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques, p. 66.
(3) Science et technique en droit positif, t. I, Paris, 1914, n° 5, pp. 14-15.

cles 900 et 1172 et quelques dispositions éparses, sont notoirement insuffisants. Elle s'en est donc forgé d'autres.

Ce sont ces instruments, grâce auxquels les tribunaux français ont tant bien que mal, construit le système des nullités partielles que nous avons décrit, dont il faut maintenant faire un examen critique plus approfondi. Dans la mesure où celui-ci s'avérera négatif, il y aura lieu de proposer des solutions nouvelles, à la lumière des résultats concrets de certaines législations étrangères.

DEUXIEME PARTIE

LA THÉORIE DES NULLITÉS PARTIELLES

256. — Dans les développements antérieurs, nous nous sommes attaché à une analyse essentiellement concrète du phénomène de la nullité partielle. Nous avons, en quelque sorte, établi un inventaire de ses applications les plus importantes, saisissant au passage les occasions de critiquer certaines solutions et d'en proposer d'autres. Au fur et à mesure de l'apparition de nouvelles hypothèses, nous avons indiqué sommairement les fondements théoriques sur lesquels la jurisprudence édifiait ses solutions. Ces fondements du système jurisprudentiel — si l'on peut appeler « système » un ensemble de solutions plus ou moins cohérentes — sont variables selon les cas. Ces bases théoriques réclament à présent un examen plus approfondi. Que signifient ces notions d'indivisibilité, de cause ou de condition impulsive et déterminante, d'ordre public, de réduction ? Ces termes sont-ils employés dans leur sens habituel ou revêtent-ils une signification particulière en la matière ? Les constructions jurisprudentielles fondées sur ces notions sont-elles solides, sont-elles étayées d'arguments théoriques irréfutables ? Pourquoi le fondement théorique des différentes solutions est-il variable selon les cas ? Que faut-il penser de l'ensemble des solutions admises par la jurisprudence ?

Voilà autant de questions auxquelles il faudra trouver réponse. L'optique des développements qui vont suivre est donc fondamentalement différente de celle que nous avons adoptée jusque-là.

Dans un premier temps, nous procéderons à un examen analytique et critique des bases du système jurisprudentiel français (Titre I). Puis nous comparerons ce système à celui de quelques législations étrangères et nous essayerons de tirer de l'ensemble des conclusions constructives (Titre II).

TITRE PREMIER

LES BASES DU SYSTEME JURISPRUDENTIEL FRANÇAIS

257. — Il n'est plus besoin d'insister sur l'insuffisance des textes existant en matière de nullité partielle. Mis à part ceux qui édictent des solutions particulières à certaines hypothèses concrètes, on peut dire que l'ensemble du système français est prétorien. Les articles 900 et 1172 ne constituent, en réalité, qu'une façade. C'est dans leur interprétation jurisprudentielle, et plus précisément dans les concepts de cause et de condition impulsive et déterminante, que réside le véritable problème (chapitre I).

Cependant, les articles 900 et 1172 ne gouvernent, en pratique, que le domaine des actes juridiques « simples ». Pour résoudre le problème de l'étendue de la nullité des actes « complexes », les tribunaux ont eu recours à un autre concept, pour en faire le critère de cette étendue : le concept d'indivisibilité (chapitre II).

Ces notions dont la jurisprudence se sert comme critères de l'étendue de la nullité ne concernent pourtant que la première technique d'annulation partielle : la nullité d'une clause ou d'une partie d'un acte juridique. En matière de réduction, en revanche, les tribunaux ne se sont pas embarrassés de critères théoriques. Tantôt ils ont admis la réduction, tantôt ils l'ont rejetée, mais sans fonder juridiquement ou logiquement leurs solutions. Tout au plus peut-on relever quelquefois l'affirmation selon laquelle le juge ne peut pas procéder à une telle réduction. C'est, cette fois, la nature juridique de la notion même de réduction qu'il y aura lieu d'examiner (chapitre III). Les développements consacrés à cette notion vaudront aussi bien pour la réduc-

tion proprement dite d'un *quantum* que pour la nullité partielle d'une convention sans modification apparente de celle-ci. Nous avons observé, en effet (1), que, malgré son originalité, cette technique particulière d'annulation partielle relevait du concept de réduction.

Il est enfin une dernière notion théorique qui introduit dans l'ensemble du système un certain nombre d'exceptions : celle d'ordre public (chapitre IV).

257. - (1) *Supra*, n° 243 *in fine*.

CHAPITRE PREMIER

Les notions de cause et de condition impulsive et déterminante.

258. — Les notions de cause et de condition impulsive et déterminante constituent les critères permettant à la jurisprudence d'atténuer la rigueur de la lettre des articles 900 et 1172 et de déterminer l'étendue de la nullité, respectivement dans les actes à titre gratuit et dans les actes à titre onéreux (1). Nous les examinerons successivement, pour nous demander, en fin de compte, si elles forment deux notions distinctes, comme les termes semblent l'indiquer, ou s'il ne s'agit pas de deux façons d'exprimer une seule et même réalité.

Section I

LA NOTION DE CAUSE IMPULSIVE ET DETERMINANTE ET L'ARTICLE 900

§ 1. — Signification des termes de « cause impulsive et déterminante ».

259. — L'expression « cause impulsive et déterminante » est presque aussi ancienne que le code civil lui-même. C'est un arrêt de

258. - (1) Cf. *supra*, n°s 40 ss. et 64. Cette application distributive des deux notions aux deux catégories d'actes est, du moins, le principe. En fait, on peut dire dès maintenant que les tribunaux ont quelquefois parlé

la Cour de Pau du 2 janvier 1827 (1) qui l'a utilisée, semble-t-il, pour la première fois. Il s'agissait d'une donation faite à de futurs époux, sous la condition et à charge qu'ils s'installent chez les donateurs et travaillent avec eux :

> « ...on est convaincu, dit la Cour de Pau, qu'en se dépouillant de leurs biens, la cause impulsive et déterminante fut pour eux de se procurer des secours dont ils avaient besoin, cause sans laquelle... »

Dans cette expression, un terme au moins est connu dans le langage juridique : celui de « cause ». Quant aux deux autres : « impulsive » et « déterminante », ils ne constituent que des qualificatifs empruntés au langage courant. Dans quelle mesure ces qualificatifs différencient-ils le sens de cette expression par rapport à celui du concept de cause en général ? Il y a lieu, par conséquent, de confronter la notion de cause impulsive et déterminante et celle de cause. Encore faut-il préciser de quelle notion de cause il est question. La cause est, en effet, traditionnellement l'un des concepts les plus délicats, sinon les plus confus, de notre droit. Du moins tout le monde est-il à peu près d'accord pour admettre que le concept de cause a revêtu successivement, en doctrine, deux significations sensiblement différentes. On oppose généralement « cause classique » ou « abstraite » et « cause moderne » ou « concrète ».

260. — D'après la doctrine classique, la cause dans les libéralités réside, par essence même, dans l'intention libérale. Deux conséquences découlent de cet axiome. D'une part, si une libéralité peut être nulle (ou inexistante) pour absence de cause, elle ne pourra, en revanche, jamais l'être pour cause illicite ou immorale. En effet, lorsque l'intention libérale existe, elle est forcément licite. D'autre part, une condition ou une charge ne pourra jamais être la cause de la libéralité, car si la condition ou la charge est réellement la cause de cet acte, c'est que l'intention libérale ne l'est pas et donc qu'il ne s'agit pas d'une libéralité. Or les tribunaux qui appliquent la notion de cause impulsive et déterminante ne se posent généralement aucun problème de qualification. On aurait pu parfaitement concevoir, pourtant, qu'ils attribuent logiquement à ces prétendues libéralités, dans lesquelles une condition ou une charge jouait le rôle de cause de l'acte, la qualification d'actes à titre onéreux, entièrement nuls en vertu de l'article 1172. Quelques arrêts ont d'ailleurs adopté ce raisonnement rigoureusement logique (1).

de cause impulsive et déterminante en matière d'actes à titre onéreux et inversement. S'il s'avère que les deux notions sont distinctes (cf. *infra*, section II et III), la confusion est regrettable.

259. - (1) S. 1825-1827.II.305.

260. - (1) Cf. *supra*, n° 40 et les références citées.

Que penser alors de cette abondante jurisprudence qui considère la condition ou la charge comme la cause impulsive et déterminante tout en maintenant la qualification de libéralité ? Il n'y a que deux possibilités. Ou bien elle est aberrante ; mais les auteurs n'ont que rarement aperçu cette objection ; parfois ils critiquent simplement ce raisonnement en ce qu'il est en opposition avec le caractère impératif de l'article 900. Ou bien l'expression de cause impulsive et déterminante n'a pas la même signification que celle de cause tout court. C'est ainsi qu'un éminent juriste belge, M. Dabin, écrit à propos de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 3 juin 1863 qui inaugure cette jurisprudence :

> « La Cour ne prétend pas que, lorsque la condition a été « la cause impulsive et déterminante de la libéralité », celle-ci se transforme en un acte à titre onéreux et la condition en cause » (2).

Et il ajoute (3) :

> « Que la condition soit envisagée comme la cause impulsive ou comme l'accessoire de la libéralité, elle reste toujours une condition et l'acte une libéralité... SEUL L'EMPLOI DU TERME SI GÉNÉRAL DE CAUSE A PU FAIRE CROIRE A UNE APPLICATION DE LA THÉORIE DE LA CAUSE. »

Telle est également l'opinion d'un auteur français (4), qui estime que le concept de cause et celui de cause impulsive et déterminante sont deux choses bien différentes.

Mais si la notion de cause impulsive et déterminante est différente de celle de cause, que signifie-t-elle alors ? N'est-elle qu'un subterfuge permettant à la jurisprudence de tourner l'article 900 du Code civil ? Bartin semble être de cet avis, lorsqu'il écrit (5) que, pour arriver au résultat désiré, les arrêts ont créé cette étrange théorie de la cause impulsive et déterminante, qui, selon lui, n'est pas une cause. Pourtant, même cette dernière explication ne nous paraît pas valable. Nous verrons, en effet, que ce n'est pas seulement dans le cadre de l'application de l'article 900 que la jurisprudence a utilisé cette notion. Or, dans les autres domaines, point n'était besoin de subterfuge. En réalité, poursuivre la discussion sur le terrain de la théorie classique de la cause serait vain. La notion de cause de la doctrine classique ne correspondait pas du tout à ce que la jurisprudence entendait par ce terme.

261. — La théorie classique de la cause n'était qu'une vue de l'esprit servant à démontrer des évidences. Son utilité concrète, entière-

260. - (2) La théorie de la cause. Articles 1131-1133 du Code civil. Etude d'histoire et de jurisprudence, thèse Liège, 1919, p. 216.
(3) *Id.*, pp. 219-220.
(4) JAUBERT, J. Cl. Civ., Art. 954-956, n° 37.
(5) *Op. cit.*, p. 387.

ment niée par certains auteurs qui voulaient faire disparaître purement et simplement ce terme du vocabulaire juridique, était pour le moins extrêmement limitée. C'est alors qu'une nouvelle théorie de la cause, dont les principaux promoteurs furent, entre autres, H. Capitant et Josserand, prit naissance.

> « Si jamais, disait ce dernier (1), une théorie bien ordonnée de la cause est enfin constituée, c'est à l'aide des matériaux jurisprudentiels qu'elle aura pu l'être, et non à coup de polémiques doctrinaires. »

De fait, la notion moderne de la cause n'est que la formulation théorique d'une jurisprudence centenaire. La cause, c'est le motif déterminant, c'est le but envisagé par les parties. Alors que les partisans de la théorie classique tenaient obstinément à la distinction entre cause et motif ou mobile, celle-ci s'estompe dans la théorie moderne. Il n'y a plus de différence de nature entre les deux concepts : la cause c'est le motif déterminant pour les parties, par opposition aux motifs ou mobiles personnels et secondaires, qui n'entrent pas dans la sphère du droit. Cette théorie nouvelle ne s'est d'ailleurs pas substituée à l'ancienne. Cette dernière subsiste dans la mesure où elle présentait une certaine utilité, c'est-à-dire en tant qu'instrument d'équilibre économique entre les prestations du contrat. Quant à la notion moderne de cause, elle joue un rôle essentiellement moralisateur.

Dans la théorie moderne, cause et cause impulsive et déterminante ne constituent plus, par conséquent, qu'une seule et même notion. N'est-ce pas déjà ce qui ressortait clairement des termes de l'arrêt précité de la Cour de Pau du 2 janvier 1827 (2) ? Il suffit, pour s'en convaincre définitivement, de consulter la jurisprudence, extrêmement abondante. En général, l'expression de cause impulsive et déterminante apparaît seule dans les arrêts. Parfois, cependant, ils font ressortir très clairement que ce qu'ils entendent par cause impulsive et déterminante c'est bien la cause des articles 1131-1133. Voici quelques extraits particulièrement significatifs :

> « Attendu... qu'aux termes de l'article 900, les conditions qui seraient contraires aux lois y sont réputées non écrites ; qu'il en serait autrement, sans doute, si la condition d'une chose illicite était reconnue, en fait, avoir été la cause déterminante et le but de la disposition ; que l'absence d'une cause licite ôterait alors tout effet à l'obligation, conformément à l'article 1131 du Code civil; » (3).

261. - (1) *Op. cit.*, p. 141.
(2) Cf. *supra*, n° 259.
(3) Civ., 17 juillet 1883, S. 1884.I.305, note Labbé.

« Attendu que la clause d'inaliénabilité n'était donc point, dans la pensée du testateur, la cause de sa disposition, mais seulement une des conditions destinées à en assurer l'exécution... » (4).

« Attendu qu'il ne résulte nullement des circonstances... que la condition concernant la direction de la salle d'asile... ait été la cause même de la libéralité, son unique ou principale raison » (5).

On pourrait multiplier les exemples. D'ailleurs, de nombreux arrêts font expressément appel, comme celui de la Chambre civile du 17 juillet 1883 que nous venons de citer, aux articles 1131 et 1133 du Code civil pour justifier leur solution par rapport à l'article 900. N'est-ce pas là la preuve définitive qu'il s'agit bien d'une seule et même notion de cause ?

La clé du système réside finalement dans les deux propositions suivantes : *primo*, l'article 900 est bien un texte impératif ; *secundo*, il est cependant subordonné aux règles relatives à la cause et ne s'applique, par conséquent, qu'à défaut de celles-ci.

262. — Une particularité mérite cependant encore d'être relevée. Il s'agit de ce que Josserand a improprement appelé la « double cause » (1). Précisons tout de suite que son raisonnement est parfaitement pertinent. Seul l'intitulé est critiquable et prête à confusion. Il risque, en effet, de faire croire qu'il y a deux notions de cause.

« Lorsqu'une clause est illicite à raison des mobiles d'où elle procède..., dit cet auteur, c'est bien à raison de sa cause impulsive et déterminante qu'elle se trouve frappée de nullité... ; et si l'on suppose en plus que ladite clause a joué dans l'opération un rôle déterminant, qu'elle a entraîné la volonté du disposant, elle revêt elle-même, par rapport à la libéralité, la valeur d'une cause impulsive et déterminante et, à ce titre, elle entraîne avec elle l'opération tout entière. Il y a alors CAUSE SUR CAUSE, L'UNE ET L'AUTRE ILLICITES, ou, si l'on veut, une CAUSE A DOUBLE DÉTENTE, et chaque coup fait une victime, le premier dans la condition ou la charge prohibée, le deuxième dans la disposition elle-même : le vice initial gagne ainsi de proche en proche jusqu'à l'anéantissement de la combinaison tout entière. »

En réalité, il n'y a pas « double cause ». Il n'y a même pas deux usages différents de cette notion, mais bien « cause à double détente ». Ce qui pourrait faire croire à une certaine dualité, c'est la façon dont raisonne la jurisprudence. Le juge se demande d'abord si tel motif illicite ou immoral a été la cause de telle clause, puis si cette clause a elle-même été la cause de l'acte qui la contient. On pourrait donc croire qu'au premier stade la cause est un motif, alors qu'au second,

261. - (4) Paris, 10 juin 1887, D.P., 1889.II.92.
(5) Civ., 26 mai 1894, S. 1896.I.129, note MEYNIAL, D.P., 1895.I.217, note PLANIOL.
262. - (1) *Op. cit.*, pp. 192-194.

c'est la clause elle-même qui en tient lieu. Le raisonnement est légèrement incorrect dans sa formulation. Ce que le juge devrait se demander, une fois qu'il a admis que tel motif répréhensible constitue la cause de la stipulation prise isolément, ce n'est pas si cette stipulation jouait le rôle de cause de l'acte, mais si le motif illicite, cause de la stipulation en question, n'a pas été également la cause de l'acte tout entier. C'est donc le même motif illicite ou immoral qui, selon les cas, aura été seulement la cause de la clause isolée ou également celle de l'acte tout entier. L'expression de « cause à double détente » convient donc parfaitement, alors que celle de « double cause » risque d'induire en erreur, du fait précisément que, dans son raisonnement, le juge, une fois qu'il a établi que tel motif a été la cause impulsive et déterminante de la clause, identifie ce motif et la clause elle-même.

S'il était encore besoin d'une autre preuve que cause et cause impulsive et déterminante ne constituent qu'une même notion, elle pourrait être trouvée dans les différentes applications qu'en fait la jurisprudence.

§ 2. — Le domaine d'application de la notion de cause impulsive et déterminante.

263. — Une double question se présente immédiatement à l'esprit. La notion de cause impulsive et déterminante est-elle particulière à la question qui nous occupe, c'est-à-dire au problème de l'étendue de la nullité en matière de libéralités ? Cette notion résout-elle ce problème dans toutes les hypothèses dans cette matière ? Aux deux questions, la réponse est négative.

La notion de cause impulsive et déterminante n'est pas spécifique au problème de l'étendue de la nullité dans les libéralités. La jurisprudence emploie les mêmes termes ou des expressions équivalentes pour résoudre des problèmes assez variables. Il ne saurait être question, bien sûr, de les examiner. Il suffira de les énumérer.

C'est surtout en matière de révocation des libéralités pour inexécution des charges et des conditions que cette notion joue un rôle très important. Sa fonction, dans cette matière, est d'ailleurs tellement voisine de celle qu'elle remplit dans le cadre de l'article 900, que les deux domaines ont fréquemment été confondus (1). Cela s'est produit d'autant plus facilement que les domaines respectifs de l'inexécution et de la nullité ne sont pas toujours délimités avec précision, notamment lorsqu'une loi nouvelle vient prohiber une clause dans

263. - (1) Cf. *supra*, n° 41, en particulier la note 4, et note 2 n° 183.

les conventions en cours (2). Le disposant n'obtiendra la révocation de la libéralité que si la charge ou la condition inexécutée aura été la cause impulsive et déterminante de sa disposition. Ce système n'implique aucune faute de la part du bénéficiaire de la libéralité. C'est la raison pour laquelle il s'applique dans tous les cas, que l'inexécution soit fautive ou due au fait du prince (3).

Mais il n'était même pas besoin de quitter la matière des nullités pour trouver d'autres applications de la notion de cause impulsive et déterminante. C'est ainsi qu'en matière de libéralités entre concubins les tribunaux ne prononcent la nullité que si un motif immoral — l'engagement ou la poursuite de relations coupables — a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité. Il en est exactement de même des libéralités entre époux en vue d'une séparation amiable. De façon générale, chaque fois que la jurisprudence prend en considération un motif, elle ne le fait qu'à condition qu'il puisse être qualifié de cause impulsive et déterminante.

La conclusion s'impose que la jurisprudence a simplement appliqué, dans le cas particulier, sa conception de la notion de cause, conception qui a finalement triomphé et qui est généralement admise par la doctrine à l'heure actuelle.

264. — Mais si le champ d'application de la notion de cause impulsive et déterminante est infiniment plus vaste que la seule question de l'étendue de la nullité des libéralités, cette notion constitue-t-elle, au moins, l'instrument grâce auquel la jurisprudence résout tous les problèmes d'étendue de la nullité dans cette matière ? En réalité, la notion de cause impulsive et déterminante n'est mise en œuvre qu'en ce qui concerne les charges et les conditions nulles. Elle n'est pas utilisée en matière de libéralités « complexes » (1), ni pour la nullité des stipulations accessoires ou complémentaires des libéralités « simples » qui ne sont pas des charges ou des conditions, par exemple, pour la clause révocatoire contenue dans un testament nul (2).

Cette constatation est plus troublante. En effet, ou bien la notion de cause impulsive et déterminante constitue un critère de détermination de l'étendue de la nullité satisfaisant, et dans ce cas on com-

263. - (2) Cf. spécialement sur ce point : HAMEL, *op. cit.*, pp. 156 à 168.
(3) Cf. très nettement en ce sens : Civ., 18 novembre 1957, J.C.P., 1958, n° 10632.

264. - (1) Il est au moins un cas dans lequel la jurisprudence a également employé la notion de cause comme critère de l'étendue de la nullité d'un acte « complexe » : le cas des donations mutuelles, notamment sous forme de clauses de réversibilité. Cf. sur ce cas : CHAMPEAUX, Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français, thèse Strasbourg, 1931, pp. 95 à 111, et *supra*, n°s 151 ss.
(2) Cf. *supra*, n°s 59-60.

prend mal pourquoi celui-ci n'est pas appliqué dans toutes les hypothèses dans lesquelles un tel problème se pose. Ou bien la jurisprudence ne s'est servie de cette notion que pour tourner opportunément la disposition de l'article 900, et on peut s'étonner, alors, qu'un tel état des choses ait pu durer plus d'un siècle.

C'est dans l'analyse de la mise en œuvre concrète de la notion de cause impulsive et déterminante et dans son appréciation critique qu'une réponse peut être cherchée à ces questions, si tant est qu'une réponse existe.

§ 3. — La mise en œuvre jurisprudentielle de la notion de cause impulsive et déterminante.

1. — Evolution jurisprudentielle de la notion de cause impulsive et déterminante au travers de son application.

265. — Il s'agit de rechercher, cette fois, non pas quand et pourquoi la jurisprudence a eu recours à la notion de cause impulsive et déterminante pour atténuer la rigueur de l'article 900, ce que tant d'autres ont expliqué, mais comment elle l'a fait. Nous considérons donc, pour le moment, cette application comme une donnée du droit positif. Quelle est sa véritable signification ? Il nous semble que, dans son application en notre matière, la signification profonde de la notion de cause impulsive et déterminante a évolué. Nous examinerons d'abord cette mise en œuvre elle-même et son évolution. Puis nous nous attacherons à en dégager le véritable sens.

C'est le caractère impératif de l'article 900 (1), est-il besoin de le rappeler, qui est à l'origine de l'application en cette matière de la notion de cause impulsive et déterminante. Il est clair, en effet, que, s'il avait été possible de tenir compte de la volonté du disposant pour déterminer l'étendue de la nullité en présence d'une charge ou d'une condition nulle, le recours au concept de cause aurait été inutile. Lorsqu'une condition ou une charge a été la cause de la libéralité, elle était, par hypothèse, essentielle dans l'esprit du disposant. Dans une mesure que nous aurons à déterminer, cette jurisprudence a donc eu nécessairement pour conséquence le respect de la volonté de l'auteur de la libéralité, malgré le caractère impératif de l'article 900. Tel était, d'ailleurs, le but visé par cette jurisprudence. Mais le problème qui se pose est le suivant : a-t-elle simplement eu recours aux articles 1131-1133 en tant qu'instruments préexistants, profitant

265. - (1) Cf. sur ce point *supra*, n^{os} 38-39.

du fait que leur champ d'application recouvrait en partie celui de l'article 900, mais sans en déformer le sens ? ou, au contraire, s'est-elle servie de la notion de cause comme d'un judicieux prétexte pour justifier une fin considérée comme souhaitable ?

Il semble précisément qu'il soit possible de distinguer deux courants dans cette jurisprudence. Le premier applique rigoureusement les articles 1131-1133. Le second apparaît comme une déformation du premier : on y a, en quelque sorte, abusé de la notion de cause. Certes, cette distinction n'est pas évidente. Elle ne transparaît guère à travers les termes des arrêts. La motivation reste, dans son principe, toujours identique. Il faudrait, pour parvenir à une certitude, connaître non seulement les faits avec toutes leurs particularités, mais également les intentions profondes du disposant et la démarche intellectuelle des magistrats qui ont statué sur l'étendue de la nullité. Cela est, bien évidemment, impossible. Il n'en reste pas moins qu'une certaine impression se dégage de l'ensemble de la jurisprudence. Cette impression, étayée par quelques indices, fait que l'on se demande si, en réalité, les solutions sont toujours les mêmes et si une évolution sensible ne s'est pas produite depuis qu'en 1863 la notion de cause impulsive et déterminante a été invoquée pour la première fois dans le cadre de l'article 900.

266. — Lorsque, au siècle dernier, la jurisprudence découvrit dans la notion de cause un remède au caractère arbitraire de l'article 900, elle commença par manier cet instrument avec la plus grande prudence. Si l'article 900 était violé, il fallait du moins que les articles 1131-1133 fussent correctement appliqués. Les exemples ne manquent pas, dans lesquels les juges prennent bien soin de préciser qu'ils ne visent pas, sous le couvert de la notion de cause, à exécuter les volontés du disposant, volontés que l'article 900 avait précisément pour but d'écarter. Cette jurisprudence exprime clairement que la nullité totale n'est prononcée que si la condition ou la charge nulle a véritablement été la cause de la libéralité, quelle qu'ait été la volonté, exprimée ou non, du disposant. Si, en pratique, le système produit parfois le même résultat final que si l'on avait tenu compte des intentions de l'auteur de la libéralité, c'est, en quelque sorte, par hasard, par le jeu de la notion de cause, dont la jurisprudence est bien obligée d'appliquer les principes. Comment pourrait-elle maintenir, conformément à l'article 900, une libéralité dont la cause même est immorale ou illicite ? L'application des articles 1131-1133 ne s'impose-t-elle pas à l'évidence, même si l'article 900 s'en trouve évincé ? Il y a une hiérarchie des règles à découvrir et à respecter. Tel est, schématiquement, le raisonnement tenu dans ce premier courant jurisprudentiel.

L'arrêt le plus significatif de cette tendance est peut-être celui de la Chambre civile du 17 juillet 1883 (1) :

> « Attendu, disent les magistrats de la Cour suprême, quels que soient les motifs qui ont dicté cette disposition de la loi (art. 900), que les termes en sont clairs et précis ; qu'ils ne permettent donc pas de faire exception pour le cas où l'auteur de la libéralité aurait déclaré en subordonner l'effet à l'accomplissement de la condition qu'il y a mise ; qu'il en serait autrement sans doute si la condition d'une chose illicite était reconnue, en fait, avoir été la cause déterminante et le but de la disposition ; que l'absence d'une cause licite ôterait alors tout effet à l'obligation, conformément à l'article 1131 du Code civil. »

Un arrêt de la Cour de Paris du 10 juin 1887 (2) est également très net à ce sujet :

> « qu'il échet d'examiner seulement si la clause illicite est non point une des conditions ou charges visées par l'article 900, mais la cause même impulsive et déterminante de la disposition, et devant par suite en entraîner la nullité... ; qu'en présence des termes formels de l'article 900 il n'y a pas lieu de s'arrêter à cette circonstance que le *de cujus* avait prescrit l'inaliénabilité à peine de nullité du legs lui-même. »

C'est donc strictement sur le plan de la cause que ces arrêts se placent. Même si le but inavoué est d'atténuer la rigueur de l'article 900, ils tiennent à ne le faire que dans la mesure qu'autorise l'application des textes sur la cause. En particulier, il n'est tenu aucun compte de ce que l'auteur de la libéralité aurait exprimé dans celle-ci. La condition ou la charge a-t-elle été le véritable but visé par le disposant, son motif impulsif et déterminant ? : telle est la seule question qui est posée dans ces arrêts.

267. — A côté de cette jurisprudence appliquant rigoureusement les articles 1131-1133 , on peut relever un autre courant qui a, peu à peu, éclipsé le premier. Il se caractérise par le fait que l'on se réfère beaucoup plus nettement à l'intention du disposant. Certes, c'est toujours la notion de cause impulsive et déterminante qui sert de critère de l'étendue de la nullité. Mais c'est directement dans l'intention du disposant qu'on recherche ce qui a été pour lui le motif déterminant. La différence la plus tangible — mais qui n'est cependant qu'un indice — entre ce courant jurisprudentiel et le précédent,

266. - (1) S. 1884.I.105, note Labbé, D.P., 1884.I.156.
(2) D.P., 1889.II.92. Très nettement dans le même sens : Lyon, 6 août 1884, D.P., 1886.II.121, note Mérignhac. On peut également ranger dans cette catégorie : Civ., 7 juillet 1868, S. 1868.I.435, D.P., 1868.I.446 ; Req., 8 avril 1889, S. 1889.I.112, rapport Babinet ; Civ., 26 mai 1894, S. 1896.I.129, note Meynial, D.P., 1895.I.217, note Planiol ; Civ., 20 mai 1896, D.P., 1897.I.51 ; Civ., 19 octobre 1910, S. 1911.I.207 ; Limoges, 13 mai 1924, D.H., 1924, p. 589.

c'est que les arrêts qui en relèvent « oublient » très souvent d'invoquer les articles 1131-1133. C'est par le seul article 900 que les solutions sont justifiées. On croirait, à lire certains arrêts, que la notion de cause impulsive et déterminante fait partie intégrante de l'article 900, au lieu d'être un élément purement extérieur qui vient y faire exception.

Ce n'est cependant pas le respect de la volonté déclarée qui caractérise ce second courant et qui permet de le distinguer du précédent. En effet, même dans cette seconde tendance on écarte parfois la volonté expresse du disposant. Ce qui est significatif, c'est la motivation grâce à laquelle on l'écarte. Il n'est plus affirmé péremptoirement que la volonté du disposant doit être tenue en échec par l'article 900. On se contente de constater que ce que l'auteur de la libéralité a exprimé, même en termes formels, n'était pas ce qu'il a réellement voulu.

Cette seconde tendance se caractérise donc par une espèce de déformation du raisonnement primitif. Celui-ci s'est peu à peu détaché du texte des articles 1131-1133, pourrait-on dire, et il n'en est resté qu'un mécanisme qui est parti à la dérive. Cette évolution s'est faite d'autant plus facilement qu'un courant important allait dans le même sens : une partie de la doctrine critiquait en effet depuis longtemps le caractère arbitraire de l'article 900 et réclamait le respect de la volonté du disposant en vertu du principe de l'autonomie de la volonté.

Toutes ces observations reposent cependant plus sur des impressions que sur des certitudes. Il est pratiquement impossible d'affirmer que, dans telle espèce précise, le premier système eût donné une solution différente du second (1). Il y a seulement un changement imperceptible dans l'esprit dans lequel l'article 900 est appliqué. On ne peut relever que quelques indices à l'appui de ces impressions, tel le fait que les articles 1131-1133 ne sont plus mentionnés. Ce n'est qu'assez rarement que de tels indices peuvent être trouvés dans la motivation même des arrêts. Tout au plus y a-t-il lieu d'observer qu'on fait appel beaucoup plus directement aux intentions du disposant. On peut citer, par exemple, ce passage d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 8 mai 1901 (2) :

> « Attendu que, si ces conditions peuvent entraîner la nullité du legs, c'est seulement lorsqu'elles sont la cause impulsive et déter-

267. - (1) Voir cependant *infra*, n° 284 et, en particulier, la note 5. Il s'agit de l'utilisation de la notion de cause impulsive et déterminante en matière de clauses monétaires. Dans cette hypothèse, la déformation du sens de la notion de cause est flagrante.

(2) D.P., 1902.I.220.

minante de ce legs, et qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement à ce point de vue LES INTENTIONS DU TESTATEUR. »

Selon un autre arrêt de la même Chambre, du 20 novembre 1905 (3),

« la Cour de Lyon a pu décider que la principale préoccupation de la veuve B. avait été de fonder une école et que le caractère confessionnel de celle-ci avait été pour elle secondaire. »

En pratique, il semble que la jurisprudence qualifie une charge ou une condition de cause impulsive et déterminante chaque fois qu'il lui semble que sans cette stipulation le disposant aurait renoncé à effectuer sa libéralité, alors que précédemment on ne reconnaissait cette qualification à la condition ou à la charge que lorsqu'elle constituait le but même visé par le disposant (4).

2. — Relations entre la notion de cause impulsive et déterminante et l'intention des parties.

268. — Quelle est la signification réelle de cette jurisprudence ? Cette seconde tendance, en particulier, n'est-elle pas une admission pure et simple, par des moyens détournés, du caratère interprétatif de l'article 900 ? Est-elle une simple déformation de la première ou sa négation ?

A l'origine, le problème de l'étendue de la nullité des actes à titre gratuit se posait en termes extrêmement simples. Il y avait, d'un côté, l'article 900, de l'autre, la volonté du disposant. Pendant un demi-siècle la solution était claire : le texte l'emportait sur l'intention. Mais en 1863 la jurisprudence introduisait un nouvel élément : la notion de cause impulsive et déterminante. Il s'agit essentiellement de situer la nouvelle solution par rapport à la rigueur de l'article 900 et par rapport au principe d'autonomie. Il est clair que l'intervention de la notion de cause réduit considérablement la portée de l'article 900. Mais respecte-t-on pour autant la volonté du disposant ? Est-ce effectivement par hasard que l'intervention du concept de cause redonne vigueur et efficacité à cette volonté ou, au contraire, n'est-ce pas cette volonté elle-même, habilement déguisée, que l'on prend en considération de plus en plus explicitement, en particulier dans le second courant jurisprudentiel ? Il s'agit de savoir, en un mot, si

267. - (3) S. 1906.I.171.

(4) Les arrêts suivants nous paraissent, entre autres, pouvoir être rattachés plutôt à ce second courant : Besançon, 10 mars 1897, S. 1899.II.169 et la note WAHL ; Req., 17 février 1903, S. 1904.I.38 ; Douai, 22 juillet 1907, D.P. 1907.II.344 ; Civ., 6 janvier 1909, S. 1910.I.341 ; Civ., 23 juillet 1913, D.P., 1915.I.49 ; Angers, 13 mars 1935, J.C.P., 1935, p. 500, note LACAT ; Civ., 23 novembre 1954, D. 1955, p. 305, note VIALLETON ; Civ., 28 novembre 1955, Bull., 1955.I, n° 413, p. 332.

la cause impulsive et déterminante est ou non autre chose que la volonté des parties.

Dans la théorie classique, la cause est un élément objectif, abstrait. Ce n'est manifestement pas de cette cause-là qu'il s'agit. La cause impulsive et déterminante, c'est la cause moderne, c'est-à-dire le motif déterminant des parties, le but qu'elles visaient. Ce but est-il autre chose que l'intention concrète du disposant ? Si tel est le cas, vouloir respecter l'article 900 tout en appliquant les articles 1131-1133 est un leurre. On peut se demander, d'ailleurs, si la jurisprudence s'est leurrée elle-même. Il semble bien qu'au début les tribunaux ne se soient pas entièrement rendus compte de la véritable signification de la notion de cause et des conséquences de son système. Ayant modifié le contenu de la notion de cause, ils semblent ne pas avoir remarqué qu'ils en ont du même coup changé la nature, la cause étant devenue un élément purement subjectif.

Quoiqu'il en soit, il n'était guère possible, dans ces conditions, d'affirmer à la fois le caractère impératif de l'article 900 et la nécessité d'appliquer les articles 1131-1133. Cette double attitude est foncièrement contradictoire. En effet, par application de l'article 900 on écarte la volonté du disposant, puis on écarte l'article 900 lui-même au moyen de la notion de cause impulsive et déterminante, c'est-à-dire, en fait, au moyen de la même volonté, appelée différemment ! Rares sont les auteurs qui ont relevé cette contradiction flagrante. Pourtant, dès 1887, Bartin avait fait une mise au point parfaitement claire (1) :

> « (Les arrêts) admettent que ce texte (art. 900) est un texte impératif, que le disposant ne peut y déroger et l'écarter formellement, puis, par un contradiction dont l'étrangeté me fournit un argument de plus, ils obéissent à sa volonté tacite, en ne maintenant point une libéralité qui, dans sa pensée, n'empruntait sa vie qu'à la condition qu'il y mettait. Est-il à présumer qu'il tenait absolument à cette condition, la libéralité s'évanouira : s'avise-t-il de le dire, on la maintiendra. On respecte sa volonté probable, on brise sa volonté certaine » (2).

Mais ces observations, malgré leur pertinence et leur gravité, n'ont guère trouvé d'écho. Il est permis de penser, cependant, qu'elles ne sont pas sans rapport avec la jurisprudence plus récente (3) qui, bien qu'elle emploie toujours la notion de cause impulsive et déterminante, se réfère beaucoup plus directement à l'intention des parties,

268. - (1) *Op. cit.*, p. 360.

(2) Ce passage correspond parfaitement au premier courant jurisprudentiel mentionné *supra*, n° 266. V°, dans le même sens, Hamel, *op. cit.*, p. 149. Dans la rédaction des arrêts de la seconde tendance, évoquée *supra*, n° 267, le caractère flagrant de la contradiction est précisément évité.

(3) Cf. *supra*, n° 267 et la note précédente.

n'invoque plus guère les articles 1131-1133 et, en tout cas, n'affirme plus péremptoirement le caractère impératif de l'article 900 et la nécessité de briser la volonté exprimée. Dans une attitude nettement plus réaliste, elle admet, sinon expressément, du moins tacitement, comme une donnée indiscutée du droit positif, que l'article 900 n'est pas — ou n'est plus — un texte impératif.

Qu'elle recoure à la notion de cause impulsive et déterminante ou qu'elle applique directement le principe d'autonomie de la volonté, le résultat n'est-il pas, en fin de compte, le même ? C'est ce qu'il nous reste à vérifier. Si incontestablement le système jurisprudentiel, fondé sur la notion de cause impulsive et déterminante, a en définitive pour résultat indirect le respect de la volonté du disposant, permet-il d'assurer ce respect en toute hypothèse ? A ce propos, deux questions doivent être élucidées. Y a-t-il lieu, d'une part, de suivre toujours, par le biais de la notion de cause impulsive et déterminante, la volonté exprimée par le disposant dans le corps de la libéralité ? La notion de cause impulsive et déterminante permet-elle, d'autre part, d'annuler la disposition chaque fois qu'il est certain qu'en connaissance de cause le donateur ou testateur se serait abstenu de disposer ? Il s'agit, en quelque sorte, de faire la contre-épreuve : si la cause impulsive et déterminante n'est en fait que l'intention du disposant, cette intention est-elle, inversement, la cause impulsive et déterminante ?

269. — Si la cause impulsive et déterminante est le but visé par le disposant, n'est-on pas amené à respecter sa volonté et à écarter l'article 900 chaque fois qu'il a exprimé clairement, sous une forme ou sur une autre, que la charge ou la condition jointe à la disposition était de rigueur, qu'elle était essentielle et que le sort de l'acte devait lui être subordonné ? *A priori*, cette conséquence apparaît inéluctable. Elle permettrait, le cas échéant, de différencier nettement les arrêts qui ont effectivement cru pouvoir concilier le caractère impératif de l'article 900 et l'application des articles 1131-1133, de ceux qui se sont rendus compte que la cause impulsive et déterminante était précisément la volonté du disposant. En réalité, une telle interprétation de la jurisprudence serait erronée. Des arrêts récents ont en effet admis que telle clause n'était pas la cause impulsive et déterminante de l'acte, bien que celui-ci exprimât expressément le contraire. Un arrêt de la Chambre civile du 7 janvier 1955 (1) est particulièrement significatif :

> « Attendu qu'il est allégué par le pourvoi, que la réserve d'usufruit..., clause spécialement arguée de nullité, étant stipulée dans l'acte de donation-partage comme condition formelle "sans laquelle

269. - (1) Bull., 1955.I, n° 3, p. 3.

elle n'aurait pas eu lieu", constituait la cause de la libéralité et devrait en l'espèce entraîner sa nullité. Mais attendu qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier, suivant les circonstances, si une condition... a été l'un des motifs essentiels de l'acte, ou doit être considéré comme une simple condition pouvant être réputée non écrite... ; Attendu que la Cour d'appel... a pu valablement décider que les clauses incriminées n'avaient pas été la cause impulsive et déterminante de la donation-partage. »

« Attendu, dit un arrêt plus ancien de la Chambre des requêtes du 6 janvier 1909 (2), que ladite clause d'inaliénabilité n'étant dans la pensée du *de cujus* qu'une des conditions destinées à assurer l'exécution de ses dispositions, il n'y avait pas lieu... de s'arrêter à cette circonstance que D. avait prescrit cette inaliénabilité à peine de nullité du legs lui-même. »

Ces espèces n'en sont pas pour autant un retour aux anciens errements de la jurisprudence. Bien au contraire, elles sont parfaitement justifiées dans leur principe, même si les solutions particulières prêtent éventuellement à discussion. Ce qui importe, en effet, c'est ce que le disposant a réellement voulu, ce qui a été son objectif principal, et non ce qu'il a exprimé. Certes, s'il a stipulé clairement que telle condition ou charge était de rigueur, il faut admettre une présomption dans le sens du caractère impulsif et déterminant de cette disposition. En principe, la volonté exprimée est aussi la volonté réelle. Si la jurisprudence ancienne est effectivement critiquable et si l'observation précitée de Bartin (3) est exacte, c'est seulement dans la mesure où les arrêts écartaient de façon systématique la volonté exprimée en se fondant sur l'article 900, rejetant ainsi cette présomption de concordance entre la volonté exprimée et la notion de cause impulsive et déterminante. En tout cas, cette présomption ne doit pas être irréfragable, ce que la jurisprudence plus récente a parfaitement compris. Il se peut, en effet, que le disposant ait attaché une certaine importance à une condition ou à une charge et ait employé une formule impérative pour en assurer l'exécution, sans que pour autant cette condition ou cette charge ait été pour lui une condition impulsive et déterminante de la disposition. S'il est établi qu'en connaissant le caractère illicite de sa stipulation il s'en serait abstenu sans renoncer à effectuer la libéralité elle-même, celle-ci doit être maintenue. Par conséquent, l'existence d'une clause formelle n'empêchera jamais le bénéficiaire de la libéralité de prouver que la condition ou la charge qui la grève n'était qu'un accessoire, important peut-être, mais ne constituant pas le but même du disposant.

269. - (2) S. 1910.I.341. Comp. T.C. Castel-Sarrasin, 7 mai 1869, D.P., 1870.III.26, qui, en présence d'une condition stipulée « formelle et de rigueur », n'annule que cette clause parce qu'elle ne constituait en réalité qu'un simple vœu.

(3) Cf. citation au n° 268.

Ainsi donc, même avec un système fondé directement sur le principe d'autonomie de la volonté, il faut admettre que les intentions clairement exprimées ne soient pas forcément prises en considération. C'est la volonté réelle qui doit être respectée et non la volonté déclarée. Cette particularité a été mise en évidence par M. Perrot (4) ; il observe, en substance, que les critiques de la doctrine qui accuse la jurisprudence de refaire contrats et testaments sont souvent injustifiées. En effet, modifier les termes de l'acte et modifier la volonté de son auteur sont deux choses différentes. Pour les parties, la technique est secondaire. Seul le but compte. Pourquoi le juge serait-il alors l'esclave de la technique ?

270. — Mais même si la concordance entre les notions de cause et de volonté est admise, il reste une dernière question — la plus importante, sans doute, — à laquelle il importe maintenant d'apporter une réponse. Le système jurisprudentiel fondé sur la notion de cause impulsive et déterminante aboutit-il toujours au même résultat qu'une éventuelle mise en œuvre directe du principe d'autonomie de la volonté ? Le problème est le suivant : si l'on appliquait directement le principe d'autonomie, on annulerait la libéralité chaque fois qu'il y aurait lieu d'admettre que la charge ou la condition a été pour le disposant un élément essentiel et qu'en connaissance de cause il n'aurait pas disposé. Le système fondé sur la notion de cause impulsive et déterminante entraîne-t-il le même résultat ? En d'autres termes, cause impulsive et déterminante et condition *sine qua non* sont-elles synonymes ? Il est difficile de répondre avec précision à cette question. Nous croyons, pourtant, qu'il n'y a pas synonymie entre ces deux notions, du moins si on les considère dans leur véritable sens.

La cause, c'est le but poursuivi par le disposant. Ce but, ce motif déterminant, réside, en principe, dans l'avantage procuré au bénéficiaire de la liberté. Si tel est le cas, lorsqu'une condition ou une charge est nulle, celle-ci n'est pas la cause impulsive et déterminante de la disposition. Par conséquent, l'article 900 s'applique littéralement. Est-ce à dire que cette condition, tout en n'étant pas le but même visé par le disposant, n'a pas pu être essentielle pour lui, qu'il aurait, en toute hypothèse, effectué sa libéralité purement et simplement s'il avait su que la condition en question était nulle ? Cette déduction ne s'impose nullement. Il nous semble qu'une condition ou une charge peut avoir joué un rôle important et avoir été déterminante, en ce sens que sans elle il n'y aurait pas eu de disposition, sans que pour

269. - (4) *Op. cit.*, pp. 194-195. V° dans le même sens : JOSSERAND, *op. cit.*, pp. 187-188.

autant elle ait été la véritable cause de la libéralité. L'affectation des biens donnés, leur régime juridique futur, peuvent avoir été déterminants pour le disposant, alors que la véritable cause de la libéralité était bien la volonté de gratifier le bénéficiaire.

Admettre le contraire, n'est-ce pas nier la notion même de libéralité conditionnelle ou de libéralité avec charge ? Si la condition ou la charge deviennent cause de l'acte dès lors qu'elles ont été déterminantes, les seules véritables conditions ou charges — celles qui ne sont pas la cause — sont celles qui auront été accessoires aux yeux du disposant ! N'y a-t-il pas là quelque chose d'illogique ? Si le disposant a affecté sa libéralité d'une condition ou d'une charge, on devrait présumer, semble-t-il, qu'il y a attaché de l'importance et qu'il n'aurait pas disposé autrement. N'est-il pas de l'essence même de la condition, d'ailleurs, que l'acte qu'elle affecte soit réellement subordonné à son accomplissement ? Peut-on parler encore de condition lorsque cette subordination n'existe plus ? Or, si les notions de cause impulsive et déterminante et de condition *sine qua non* sont synonymes, seules les conditions auxquelles les actes qu'elles affectent ne sont pas subordonnés gardent leur qualification de condition, les autres étant la cause des actes qui en dépendent.

On peut, certes, répondre qu'au cas où le disposant n'aurait pas consenti la libéralité sans la charge ou la condition, c'est bien qu'il attribuait plus d'importance à celle-ci qu'à la libéralité et donc qu'elle était la véritable cause de son acte. Mais c'est précisément cette déduction qui nous paraît contestable. Cause et condition sont deux notions distinctes. Une libéralité peut, nous semble-t-il, avoir pour cause la volonté d'attribuer un avantage gratuit à son bénéficiaire tout en étant subordonnée à une condition *sine qua non*. La cause, c'est le but final. La condition concerne les moyens, les modalités sans lesquelles ce but ne doit pas être atteint.

Prenons un exemple simple. Un donateur fait une libéralité au profit d'un jeune homme étranger à sa famille, sous la condition expresse et de rigueur qu'il se fasse religieux. Il est généralement admis qu'une telle condition est nulle. A-t-elle été la cause impulsive et déterminante de la donation ? Selon toute vraisemblance, les tribunaux l'admettraient et annuleraient l'acte tout entier. Pourtant, cette condition n'a pas été la cause de la disposition. Le bienfaiteur en question n'a pas donné POUR QUE son bénéficiaire se fasse religieux, mais A LA CONDITION *sine qua non* que cela se produise. Il y a bien libéralité dans ce cas, et non marché. Le bénéficiaire ne s'est pas engagé à choisir cet état. La libéralité est simplement subordonnée à ce fait. Dans un tel cas, il n'en est pas moins très probable que, si le donateur avait su que sa condition était illicite, il n'aurait pas donné, d'autant

plus qu'il s'agit d'un étranger à sa famille. Cette condition était incontestablement essentielle pour le disposant, mais elle n'était pas la cause de la libéralité (1).

271. — On pourrait songer à une solution de compromis, par l'admission d'une pluralité de causes. Ainsi tous les facteurs qui ont déterminé le donateur ou testateur à disposer de ses biens ou, plus exactement, tous les éléments sans lesquels il n'aurait pas disposé, seraient les différentes causes de cet acte. De cette façon, une libéralité pourrait avoir pour cause la volonté de gratifier ; cela n'empêcherait pas qu'une condition ou une charge adjointe à cette libéralité puisse être considérée comme une cause impulsive et déterminante. Un tel système ne semble pas pouvoir être admis. Ce serait, une fois de plus, confondre cause et condition. Il est généralement admis que la cause est une notion unitaire. Parmi les divers motifs d'un acte, un seul est, en principe, impulsif et déterminant (1). Cet acte peut, en revanche, être soumis à plusieurs conditions. D'ailleurs, la jurisprudence n'emploie pas la forme indéfinie lorsqu'elle qualifie une condition ou une charge de cause impulsive et déterminante. Elle dit bien que telle stipulation a été « la » — et non pas « une » — cause impulsive et déterminante de la libéralité. Mais, malgré ce vocabulaire apparemment correct, nous ne sommes pas loin de penser que, dans cette matière, le système jurisprudentiel équivaut effectivement à une conception pluraliste de la notion de cause, dans la mesure où il s'agit encore de la cause des articles 1131-1133.

272. — Nous n'avons pas l'intention d'épuiser cette discussion, à supposer qu'il soit possible de le faire. Nous voulions simplement montrer jusqu'où mène l'application de la notion de cause impulsive et déterminante en cette matière. Il n'y a, en définitive, que deux explications de cette jurisprudence. Ou bien, elle applique la notion de cause dans le vrai sens du terme ; dans ce cas, les problèmes d'interférences avec les intentions du disposant apparaissent immanquablement. Ou bien, la notion de cause impulsive et déterminante n'est pour elle que le déguisement d'une prise en considération directe des

270. - (1) Pour cette distinction entre cause et condition, *v°* également note WAHL, sous Besançon, 10 mars 1897, S. 1899.II.169 ; note H. M., sous T.C. Mayenne, 26 novembre 1936, J.C.P., 1937, n° 126 ; HAMEL, *op. cit.*, p. 197 ; DUPEYROUX, Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit, thèse Toulouse, 1955, pp. 197-198 ; et *infra*, note 2 n° 274.

271. - (1) Mais même s'il fallait admettre qu'un acte puisse avoir réellement plusieurs causes impulsives et déterminantes, ce qui ne pourrait être que tout à fait exceptionnel, à moins que ce ne soit qu'une hypothèse d'école, cela ne permettrait en aucun cas de justifier la jurisprudence en cette matière. Cette cause multiple ne se confondrait pas, pour autant, avec la condition.

intentions du disposant ; mais alors ce n'est plus à proprement parler de cause qu'il s'agit, et l'on est en droit de s'étonner qu'un tel système, faussé à la base, ait pu durer plus d'un siècle et subsiste toujours.

Nous ne remettons pas en cause, cependant, les conclusions aux termes desquelles la notion de cause impulsive et déterminante est de nature subjective et doit, par conséquent, être recherchée dans l'intention du disposant. Nous pensons simplement que si la notion de cause entre dans celle d'intention, l'inverse n'est pas exact. La cause n'est qu'un aspect de l'intention. Celle-ci a des dimensions plus vastes. Son contenu est susceptible, nous semble-t-il, d'une division en trois séries d'éléments, en trois cercles concentriques, pourrait-on dire. Il y aurait en premier lieu, dans le cercle central, le plus restreint, la cause, le but primordial visé par l'auteur de l'acte. Viendraient ensuite des éléments qui, sans être le but même de l'opération, sont cependant importants aux yeux de l'auteur de l'acte, au point qu'il n'aurait pas accompli celui-ci s'il avait connu les empêchements qui anéantissent ces éléments. Le troisième cercle comprendrait tous les éléments accessoires que le disposant a greffés sur son acte, mais dont on peut raisonnablement penser qu'il se serait abstenu de les inclure dans l'acte s'il avait connu le vice qui les affecte, tout en accomplissant cependant tel quel l'acte principal (1).

Dans son dernier état, il semble que la jurisprudence a effectivement qualifié de cause impulsive et déterminante non seulement la cause elle-même, mais également le contenu du second cercle concentrique. Ce système a des résultats pratiques heureux. Mais sur le plan des principes, il constitue une déformation manifeste de la notion de cause. Quant au système appliquant strictement les articles 1131-1133, il satisferait les principes, mais non l'équité. Il constituerait, en outre, une solution moyenne injustifiable. Pourquoi respecterait-on la volonté du disposant, en anéantissant l'acte tout entier, lorsque son but est illicite, et la violerait-on en vertu de l'article 900 lorsqu'au contraire il n'a fait de l'élément illicite qu'une condition ou une charge déterminante d'une libéralité en soi licite ? C'est précisément lorsque la sanction semblerait devoir être plus sévère qu'elle serait, en fait, absente (2).

La mise en œuvre jurisprudentielle de la notion de cause impulsive et déterminante dans le cadre de l'article 900 est donc pour le moins confuse. Mais, en réalité, il ne pouvait en être autrement. C'est, en

272. - (1) On trouve déjà, sous une autre forme, cette distinction tripartite dans la classification des conditions présentée par HAMEL, *op. cit.*, pp. 144-145. En réalité, dans le véritable sens du terme, seule la catégorie intermédiaire répond à la définition de la condition.

(2) Cf. en ce sens : HAMEL, *op. cit.*, p. 149.

effet, le principe même du recours à la notion de cause en cette matière qui est extrêmement critiquable.

§ 4. — Appréciation critique de l'ensemble du système fondé sur la notion de cause impulsive et déterminante.

1) La contradiction fondamentale du système jurisprudentiel.

273. — Malgré ses imperfections, le système d'interprétation et d'application de l'article 900, tel qu'il est pratiqué actuellement, a rencontré l'approbation de la doctrine moderne dominante. qui se place essentiellement sur le plan des résultats concrets obtenus. Ceux-ci sont assez heureux : le respect de la volonté du disposant est assuré, le principe d'autonomie est sauf.

Mais la fin justifie-t-elle les moyens ? Certes, avec la complicité — si l'on nous permet cette expression — de la Cour suprême, tout est possible à la jurisprudence. La nécessité de rendre attentif aux contradictions internes d'un système n'en est que plus impérieuse. C'est précisément sur une contradiction fondamentale du système, qui en sape la base même, que nous nous proposons maintenant d'attirer l'attention.

La critique est aussi simple que percutante : COMMENT UNE DONATION OU UN TESTAMENT, DONT UNE CONDITION OU UNE CHARGE A ÉTÉ CONSIDÉRÉE COMME LA CAUSE IMPULSIVE ET DÉTERMINANTE, PEUT-IL ENCORE ÊTRE QUALIFIÉ D'ACTE A TITRE GRATUIT ? L'examen de cette question épuisera l'étude de la notion de cause impulsive et déterminante. Il ne nous restera plus qu'à nous demander s'il existe une solution de remplacement en l'état actuel du droit positif.

Une condition ou une charge peut-elle être la cause d'une libéralité ? Cela paraît, dans la majorité des cas, foncièrement impossible. Rares sont les auteurs qui aient aperçu l'objection. Pourtant, dès 1887, Bartin avait soulevé le problème (1). Une donation dont la cause est soi-disant illicite n'est qu'un acte à titre onéreux déguisé, disait-il ; à l'inverse, une condition ne peut jamais devenir la cause d'un legs. Mais comme Bartin était un partisan de la théorie classique de la cause et considérait que « cette étrange théorie » de la cause impulsive et déterminante n'était pas une cause (2), ses observations n'ont pas retenu l'attention. Contrairement à ce qu'il pensait, personne ne conteste plus que la notion de cause impulsive et déterminante soit

273. - (1) *Op. cit.*, p. 386.
(2) *Op. cit.*, p. 387.

bien la cause des articles 1131-1133. Mais ses observations, transposées dans la nouvelle théorie de la cause, n'en restent pas moins valables et prennent même un singulier relief. Elles ont été reprises et remarquablement développées par M. Jean-Jacques Dupeyroux, dans sa « Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit ». Examinons successivement le problème à propos de la donation et du legs.

a) *En matière de donations.*

274. — Une donation, dont la condition ou la charge qui l'affecte constitue la cause impulsive et déterminante, peut-elle être qualifiée de libéralité ? Ce qui caractérise une donation, c'est l'avantage gratuit conféré à son bénéficiaire. Sur ce point, la théorie classique de la cause était exacte : c'est l'intention libérale qui est la cause de la donation. La différence entre la théorie actuelle et la théorie classique, c'est que l'on ne se contente plus de cette constatation abstraite ; on recherche si la véritable cause de l'acte qualifié donation n'est pas ailleurs. C'est ainsi que, s'agissant des donations entre concubins, on validera les dispositions prises si leur cause réside réellement dans une intention libérale et on les annulera, au contraire, si le but poursuivi par les auteurs est l'obtention ou la continuation de relations immorales. Mais, dans cette dernière hypothèse, n'est-ce pas réellement d'un marché qu'il s'agit ? Les tribunaux ne prennent généralement pas la peine de résoudre ce problème de qualification qui, de toute façon, ne change rien à la solution finale. La même question se pose en matière de donation avec charge ou sous condition, mais, cette fois, la question de la qualification présente un réel intérêt du fait de la dualité des textes relatifs au problème de l'étendue de la nullité : article 900 d'une part, 1172 de l'autre.

Une charge ou une condition impose toujours une obligation (1) au donataire. Il y a lieu de distinguer selon que le bénéficiaire de cette obligation est le donataire lui-même, le donateur ou un tiers.

Les charges ou conditions dont le bénéficiaire — si l'on peut encore parler d'un bénéficiaire dans ce cas — est le donataire lui-même ne sont autres que celles qui concernent l'affectation des biens donnés. Le donateur impose au bénéficiaire de la donation, par une charge ou par une condition, l'obligation d'utiliser celle-ci d'une certaine façon, en totalité ou en partie. Cette utilisation a pu avoir été, pour le disposant, non seulement une condition *sine qua non*, mais l'unique but, la véritable finalité visée par lui (2). Dans cette dernière hypothèse,

274. - (1) Rappelons qu'en ce qui concerne les conditions, le problème ne se pose en fait que pour les conditions potestatives. Cf. *supra*, n° 44.

(2) Lorsque le donataire est un proche parent de l'auteur de la libéralité, il y a tout lieu de penser, sauf preuve contraire, que le but de ce der-

la condition ou la charge est incontestablement la véritable cause de la donation. Le cas qui s'est le plus fréquemment présenté à la jurisprudence, s'agissant de donations avec charge dans l'intérêt du donataire lui-même, est celui des donations faites à des communes à charge de fonder une école ou un hospice tenus par des religieux ou religieuses. La charge de fonder est bien la cause de la donation, la fonction pratique de cette dernière étant simplement de procurer, en quelque sorte, un maître d'œuvre à la fondation. S'agit-il encore d'une donation, dans cette hypothèse ? Il faut répondre, semble-t-il, par l'affirmative. En effet, le donataire bénéficie d'un avantage gratuit : la commune gratifiée aura, par exemple, accru son patrimoine d'une école ou d'un hospice sans bourse délier. Il suffit, pour s'en convaincre, d'imaginer que le donateur ait lui-même créé l'établissement désiré et en ait fait ensuite donation à la commune. Le résultat final serait le même.

> « Dans ce type de convention, dit M. Dupeyroux (3), la charge peut en effet être la cause, le but déterminant de la libéralité sans que le contrat perde sa gratuité. Mais, ajoute-t-il, cette hypothèse doit être la seule... »

275. — S'agissant, cette fois, de charges ou de conditions dont le bénéficiaire est le donateur lui-même ou un tiers, le même auteur poursuit (1) :

> « S'il ne s'agit pas d'une dona- (2) (tion avec charge dans l'intérêt du bénéficiaire, mais dans l'intérêt du disposant ou d'un) — tiers et si ce sacrifice antagoniste est la cause de la disposition, la convention est en réalité onéreuse. »

Si la charge est dans l'intérêt du donateur lui-même et si elle est réellement la cause de la disposition, n'est-ce pas effectivement d'un véritable contrat synallagmatique déguisé sous la forme d'une donation avec charge qu'il s'agit ? La charge joue le rôle de contrepartie

nier aura été de procurer un avantage gratuit au donataire. Dans cette hypothèse, la charge ou la condition aura été, pour le donateur, une condition *sine qua non*, mais non la cause de la libéralité. En revanche, si le donateur est un étranger par rapport au donateur, en particulier s'il s'agit d'une institution ou d'une collectivité publique, on peut penser que c'est avant tout l'affectation que le disposant a eue en vue, que cette affectation a donc été la cause, le but de sa disposition, et pas seulement une condition. L'attribution gratuite n'a été, en fin de compte, qu'un moyen pour obtenir la réalisation de la fin désirée. La distinction entre cause et condition, évoquée précédemment (cf. *supra*, n^{os} 270-272) apparaît clairement.

274. - (3) *Op. cit.*, p. 198.

275. - (1) *Op. cit.*, p. 198.

(2) A cet endroit précis de cet important passage, le texte est malheureusement incomplet. Une ligne a vraisemblablement été sautée à l'impression. Grâce au contexte, nous estimons avoir reconstitué, entre parenthèses, ce que l'auteur a voulu dire.

exigée par le donateur et l'acceptation de la donation vaut conclusion du contrat. Dès lors, les qualifications de donation de l'acte et de cause impulsive et déterminante de la condition ou de la charge sont fondamentalement incompatibles. Lorsque la charge est stipulée dans l'intérêt d'un tiers, la situation n'est guère différente. C'est encore d'un contrat à titre onéreux qu'il s'agit, mais doublé d'une stipulation pour autrui.

La contradiction dans le raisonnement de la jurisprudence apparaît donc de façon flagrante. Si son système est satisfaisant en pratique, le fondement qu'elle lui reconnaît est vicié à la base. L'objection semble imparable. Dès que la condition ou la charge est considérée comme la cause impulsive et déterminante de la disposition, elle en constitue en fait la contrepartie, même si elle ne l'épuise pas intégralement (3). Nous ne pouvons que nous associer à M. Dupeyroux lorsqu'il conclut (4) :

> « Nous n'apercevons pas le raisonnement qui permettrait de consacrer la gratuité d'une donation assortie d'une charge dans l'intérêt du disposant qui serait la cause de cette donation. »

b) *En matière de legs.*

276. — Le problème de savoir si une charge ou une condition peut être la cause d'un legs se pose en des termes quelque peu différents. Par nature même, un legs semble ne pouvoir être qu'un acte à titre gratuit. Le simple bon sens indique qu'il ne saurait être question de qualifier un legs de convention à titre onéreux, de marché. Et pourtant, la jurisprudence n'hésite pas à dire que telle condition, telle charge a été la cause impulsive et déterminante du legs qu'elle accompagnait. La contradiction paraît encore plus frappante dans ce cas. Car si, pour les donations, la possibilité d'une disqualification en acte à titre onéreux subsiste, il n'en est pas de même ici. Un legs à titre onéreux est inconcevable. Il peut exister, cependant, des legs dont tout l'émolument est absorbé par des charges. Y a-t-il encore réellement legs dans ces cas ? A ce sujet, la Cour de cassation a rendu un arrêt de principe le 5 juillet 1886 (1). Un légataire universel devait affecter tous les biens reçus à l'établissement d'une école. La Cour d'Orléans annule la disposition pour absence de légataire sérieux, celui-ci n'ayant qu'un rôle d'exécuteur testamentaire, qualification que l'arrêt substitue à celle de légataire. Son arrêt est cassé par la Chambre civile, en ces termes :

> « Attendu qu'il ressort manifestement de cette disposition vocation au profit de B. à l'universalité... ; qu'il importe peu dès lors

275. - (3) Cf. sur ce point, DUPEYROUX, *op. cit.*, p. 200.
(4) *Op. cit., loc. cit.*
276. - (1) S. 1890.I.241, note J.-E. L.

que l'exécution des charges... doive absorber en totalité l'émolument de la disposition faite à son profit. »

Une explication de cet arrêt, *a priori* assez surprenant, a été fournie par M. Sortais (2). Elle réside dans le fait que le legs serait un « moule formel », une technique. Il en résulte qu'il ne suppose pas nécessairement l'existence d'un avantage sans contrepartie au profit du légataire, contrairement à la donation. Par conséquent, s'il ne peut y avoir de titre de donataire sans émolument, en revanche le titre de légataire ne suppose pas nécessairement un tel émolument :

> « Le disposant jouit donc d'une liberté illimitée dans l'emploi du titre testamentaire, dit cet auteur (3) : il peut le modeler à son gré, en fixer le contenu comme il l'entend et même le vider de tout contenu en le séparant de l'émolument qu'il postule normalement. »

Cette exception au principe qu'à tout titre doit correspondre un émolument ne s'impose pas à l'évidence. Le rejet de la thèse de la Cour d'Orléans, par elle-même assez logique, semble fondé sur des considérations pratiques surtout. Cette possibilité de legs sans émolument est susceptible de rendre de grands services : tout le système français des fondations repose essentiellement sur cette souplesse du titre testamentaire.

Quelle est l'incidence de cette particularité du legs en notre matière ? La contradiction fondamentale relevée précédemment subsiste-t-elle ? Cette possibilité d'un titre sans émolument a pour conséquence que le legs peut être un acte en quelque sorte neutre : ni gratuit, ni onéreux. Dans ce cas, il semble qu'il n'y ait aucun obstacle à ce qu'une charge ou une condition soit qualifiée de cause impulsive et déterminante du legs. Ainsi, dans le cas d'une charge de fondation absorbant tout le legs, il semble que la charge soit effectivement la cause, l'unique but visé par le testateur. En revanche, lorsqu'un véritable avantage gratuit existe, il apparaît extrêmement douteux que dans l'intention du testateur, une charge ou une condition ait été la véritable cause de la disposition. Cette qualification n'est possible que dans la mesure où l'exécution de la charge ou de la condition a été le but premier du disposant, c'est-à-dire lorsque l'attribution de l'avantage gratuit n'a été pour lui qu'un moyen d'arriver à une fin. En définitive, il faut admettre, semble-t-il, qu'une charge ou une condition puisse être considérée comme la cause d'un legs chaque fois que cette charge ou cette condition a été le véritable objectif visé par le testateur. Il importe peu, en fin de compte, qu'il y ait ou non un émolument au profit du légataire, si cet émolument n'est qu'un moyen, un appât, pourrait-on dire. Mais il y a tout lieu de croire que cette

276. - (2) Le titre et l'émolument, 1961, pp. 88 ss.
(3) *Op. cit.*, p. 91.

situation est tout à fait exceptionnelle et, en particulier, que ces conditions n'étaient pas toujours remplies dans les hypothèses dans lesquelles la jurisprudence a qualifié des charges ou conditions apposées à des legs de cause impulsive et déterminante. Si le testateur a seulement soumis le legs à une condition ou à une charge dont on peut penser qu'il n'aurait pas disposé sans elle, il s'agit de condition *sine qua non*, mais non de cause impulsive et déterminante.

277. — La double critique de Bartin (1) s'est donc révélée exacte, mais en partie seulement. Pour la donation il y a lieu de distinguer selon l'identité du bénéficiaire de la charge ou de la condition. Pour le legs, dans la mesure où il ne constitue qu'un « moule formel » et ne postule pas nécessairement un émolument, l'affirmation de Bartin selon laquelle une condition ne peut jamais en devenir la cause s'avère inexacte. Cela ne signifie d'ailleurs nullement qu'en matière de legs le système jurisprudentiel puisse être intégralement approuvé.

En conclusion, l'ensemble des critiques que l'on peut adresser au système jurisprudentiel fondé sur la notion de cause impulsive et déterminante peut se résumer ainsi.

Pour les donations, il faut distinguer nettement deux situations. Lorsque la condition ou la charge a été le véritable objectif du donataire, c'est-à-dire lorsque la donation n'a été qu'un moyen pour atteindre cet objectif, la qualification de cause impulsive et déterminante est possible. Bien plus, elle est inévitable. Mais alors la disqualification de la donation en acte à titre onéreux s'impose à l'évidence (2). Ce sont là ces fausses conditions, dont parle Barathon (3). Apposées à des engagements unilatéraux, en l'occurrence des donations, elles constituent en réalité de véritables contre-prestations, l'ensemble ne formant qu'un contrat synallagmatique déguisé. Il est évident que, dans ce cas, la prestation de l'offrant ne peut subsister sans celle du bénéficiaire de l'offre : elles se servent réciproquement de cause. Ces prétendues donations constituent de véritables marchés. Appliqué à de telles donations, le système jurisprudentiel qui invoque à la fois l'article 900 et la notion de cause est entaché d'une contradiction fondamentale. En revanche, lorsqu'il y a réellement une libéralité et que celle-ci est simplement affectée d'une condition ou d'une charge sans laquelle le donateur n'aurait pas disposé et sans qu'elle soit son but exclusif, le raisonnement que la jurisprudence applique n'est pas seulement contradictoire. Il qualifie, en outre, abusivement de cause impulsive et déterminante ce qui n'est qu'une condition *sine qua non*.

277. - (1) Cf. *supra*, n° 273.
(2) Sauf dans l'hypothèse où la charge ou la condition est dans l'intérêt du donataire lui-même. Cf. *supra*, n° 274.
(3) Cf. *supra*, n° 66.

En matière de legs, la contradiction n'existe pas, à proprement parler. En effet, la charge ou la condition peut effectivement être le but principal du legs sans que la nature de celui-ci en soit modifiée. Mais la qualification abusive de cause impulsive et déterminante des conditions ou charges y est tout aussi fréquente et critiquable qu'en matière de donations.

Incontestablement, la notion de cause constituait un remède au caractère arbitraire de l'article 900. Mais ce remède ne pouvait qu'être extrêmement limité, alors que la jurisprudence a voulu en faire un instrument grâce auquel le principe d'autonomie de la volonté aurait retrouvé ses droits, en dépit de la lettre de l'article 900. En cela, elle est allée trop loin dans son raisonnement, qualifiant de cause ce qui ne pouvait pas l'être. Au contraire, à un autre point de vue, elle n'a pas tiré toutes les conséquences de cette qualification, dans la mesure où elle était justifiée. Mais que pouvait-elle faire d'autre, précisément ?

2) A LA RECHERCHE DE REMÈDES APPROPRIÉS.

278. — Le droit positif offre-t-il une solution susceptible de remplacer le système jurisprudentiel ? On peut apporter à cette question une réponse partiellement affirmative. Très exactement : cette solution de remplacement existe pour les cas où le raisonnement jurisprudentiel est seulement contradictoire (1), mais non pour ceux dans lesquels il est, en outre, appliqué de façon abusive. Elle réside dans le recours à l'article 1172.

Nous nous sommes, en effet, rallié (2) à l'opinion de M. Dupeyroux qui énonce (3) :

> « Lorsque la charge (ou la condition) est dans l'intérêt du disposant ou d'un tiers, et que ce sacrifice du cocontractant est la cause de la disposition principale, la convention est onéreuse. Le problème des charges dans l'intérêt du bénéficiaire étant écarté, il n'est pas de « donation » avec charge dont la charge soit la « cause » de la disposition principale. »

Or, si la convention est onéreuse, c'est l'article 1172 qu'il faut appliquer. C'est l'évidence même. On sait d'ailleurs qu'un courant jurisprudentiel, assez rapidement supplanté par le système fondé sur la seule notion de cause impulsive et déterminante, avait eu recours à ce raisonnement (4). Mais, comme le dit très justement M. Dupeyroux (5) :

278. - (1) C'est-à-dire dans certains cas en matière de donations.
(2) Cf. *supra*, n° 275.
(3) *Op. cit.*, pp. 200 *in fine* - 201.
(4) Cf. *supra*, n° 40 et les références citées.
(5) *Op. cit.*, p. 198.

« ... emportée par son enthousiasme devant la hardiesse de la jurisprudence dans son utilisation de la notion de cause impulsive et déterminante, la doctrine moderne semble s'être refusée à voir dans cette disqualification autre chose qu'un subterfuge inutile. »

En fait de « subterfuge inutile », ce recours à l'article 1172, après attribution à l'acte litigieux de sa véritable qualification par le juge, était d'une rigueur juridique parfaite. Il y a donc lieu d'approuver sans réserves les quelques décisions qui ont adopté ce raisonnement. Au fond, le système n'était d'ailleurs guère différent de celui de la jurisprudence dominante. Il poussait simplement à son aboutissement normal le raisonnement, alors que celle-ci s'arrête à mi-chemin, se contentant de la constatation selon laquelle la charge ou la condition est la cause de la donation. La conclusion normale qu'il eût fallu en tirer, avant de prononcer la nullité de l'acte tout entier, c'était la reconnaissance de son caractère onéreux.

Mais, du fait de cette disqualification, les limites de ce système en soi irréprochable apparaissent clairement. Il n'aurait pas permis d'aboutir au même résultat, à savoir le respect des intentions profondes du disposant en toute hypothèse. En effet, si l'élargissement progressif de la notion de cause impulsive et déterminante, au point d'y englober toute condition ou charge sans laquelle le disposant n'aurait pas donné, a pu passer inaperçu, la disqualification de la donation en acte à titre onéreux dans tous ces cas n'aurait vraisemblablement pas été admise par la Cour suprême. Une donation, même soumise à une charge ou à une condition *sine qua non*, reste une donation. La disqualification généralisée en actes à titre onéreux eût été une solution abusive. Mais la qualification de cause impulsive et déterminante de ce genre de charge ou condition ne l'est pas moins. Le vice du raisonnement est seulement, dans ce dernier cas, moins apparent parce que la notion de cause est un concept abstrait et, peut-être, encore trop mal défini, alors que la disqualification eût été intuitivement choquante.

279. — La conclusion de cette étude de la notion de cause impulsive et déterminante en tant que critère de l'étendue de la nullité des libéralités avec charges ou sous conditions est donc essentiellement négative. Si la notion de cause peut jouer un rôle en ce domaine, ce ne peut être que de façon très limitée. Dans le cadre de l'article 900, elle peut permettre l'annulation totale des legs ou des donations avec charges ou sous conditions dans l'intérêt du donataire, dans la mesure où ces charges ou conditions sont effectivement l'objectif principal du disposant. Pour les autres donations, la disqualification en conventions à titre onéreux est la seule issue offerte par la notion de cause. Dans tous les autres cas, c'est-à-dire chaque fois qu'une condition ou une charge est essentielle aux yeux du disposant sans être pour lui

le but de la libéralité, le recours à la notion de cause ne se justifie pas.

Que l'on ne croie pas, cependant, que nous critiquions la jurisprudence et que nous préconisions un revirement. Ses solutions sont, sur le plan pratique, satisfaisantes. Dans un domaine aussi important, une solution équitable mal motivée vaut mieux qu'une solution juridiquement exacte mais injuste. Certes, il existerait une solution satisfaisante à tous points de vue : ce serait de reconnaître à l'article 900 en droit — et pas seulement en fait, comme c'est le cas actuellement — un caractère interprétatif. On pourrait alors recourir directement, comme critère de l'étendue de la nullité, au principe d'autonomie de la volonté, sans faire appel au concept de cause.

> « Inutile dès lors d'encombrer les motifs des arrêts avec tout le fatras de la cause impulsive et déterminante, sorte de tautologie terminologique qui a voulu cacher derrière des termes impressionnants tout l'artificiel d'un système,... où apparaît trop souvent son caractère de procédé, » dit un auteur (1).

Mais il est peu vraisemblable que, par simple souci de logique, la jurisprudence modifie son raisonnement. Pourtant, bien que les solutions soient satisfaisantes, il n'est pas bon qu'elles soient à ce point éloignées de la lettre des textes et qu'en outre elles recèlent des contradictions internes. C'est donc le texte qu'il faudrait modifier.

Section II

LA NOTION DE CONDITION IMPULSIVE ET DETERMINANTE ET L'ARTICLE 1172

280. — A la différence de l'article 900, l'interprétation de l'article 1172 n'a guère soulevé de difficultés en doctrine et en jurisprudence (1). Lorsque les auteurs abordent ce problème, ils se contentent généralement de mentionner le principe selon lequel les conditions ou clauses nulles n'entraînent la nullité de l'acte principal que si celui-ci en dépend, c'est-à-dire si elles ont été la condition impulsive et déterminante de cet acte. Ils font remarquer incidemment qu'ainsi les interprétations des articles 900 et 1172 se rejoignent pour former un système unique (2). Cette mise en œuvre de l'article 1172 mérite cependant que l'on s'y arrête un peu plus longuement, d'abord pour en analyser les ressorts internes, pour émettre, le cas échéant, une

279. - (1) Hamel, *op. cit.*, p. 359.
280. - (1) Cf. *supra*, n°s 63-65.
(2) Cf. *supra*, n° 63 et les références citées.

appréciation critique et, enfin, pour confronter les deux notions de cause et de condition impulsive et déterminante afin de vérifier si effectivement elles « se rencontrent et coïncident dans la réalisation pratique », selon l'expression de Josserand (3).

§ 1. — La mise en œuvre jurisprudentielle de l'article 1172.

Le principe est donc le suivant : conformément à la lettre de l'article 1172, la nullité d'une condition ou d'une clause d'un acte à titre onéreux entraîne la nullité de cet acte s'il dépend de la condition ou de la clause en question. Ce lien de dépendance est exprimé par la jurisprudence au moyen de la notion de « condition impulsive et déterminante ». C'est la signification profonde de cette notion qu'il y aura lieu d'examiner d'abord. Lorsque la notion même de condition impulsive et déterminante aura été analysée, une particularité de sa mise en œuvre en tant que critère de l'étendue de la nullité retiendra quelque peu notre attention. Il s'agira de savoir si cette notion est essentiellement bilatérale ou non. On ne pourra pas omettre, enfin, d'étudier le rôle de la notion de cause dans le cadre de l'article 1172, car parfois les tribunaux y ont effectivement recours.

1) Signification de la notion de condition impulsive et déterminante.

281. — La condition impulsive et déterminante, c'est celle dont « dépend » un acte à titre onéreux, au sens auquel la jurisprudence entend ce terme dans l'article 1172. En pratique, les tribunaux qualifient ainsi toute clause sans laquelle les parties n'auraient pas contracté, qui est essentielle à leurs yeux. C'est, par conséquent, directement et exclusivement sur la volonté des parties que le système repose. Auraient-elles conclu l'acte sans la condition si elles avaient connu l'existence du vice ? Si la réponse est affirmative, la condition est secondaire, accessoire et n'entraîne pas la nullité de l'acte tout entier puisque celui-ci n'en « dépend » pas. Au contraire, si cette clause ou cette condition est un élément essentiel de l'acte aux yeux des parties, elle est qualifiée d'« impulsive et déterminante » et l'acte est anéanti intégralement, conformément à l'article 1172.

Le vocabulaire jurisprudentiel servant à exprimer ces idées est d'ailleurs moins rigoureusement uniforme ici qu'en matière d'actes à titre gratuit. Pour ces derniers, l'expression de « cause impulsive et déterminante » reste invariablement la même (1). En matière d'actes

280. - (3) *Op. cit.*, p. 192.

281. - (1) Tout au plus peut-on relever, dans les premiers temps, des arrêts qui utilisent le terme de « cause » seul. Ce sont précisément ceux qui

à titre onéreux, au contraire, l'expression de condition impulsive et déterminante, la plus couramment utilisée, possède cependant des variantes. C'est ainsi que certaines décisions se contentent de relever que telle clause a été « déterminante » dans l'intention des parties (2). Un arrêt de la Chambre commerciale du 13 novembre 1963 (3) casse un arrêt de la Cour d'Orléans qui, après avoir constaté le caractère « essentiel » d'une clause, a prononcé la nullité de celle-ci et la résiliation — au lieu de la nullité en vertu de l'article 1172 — de l'ensemble de la convention. D'autres arrêts, au lieu de qualifier directement la clause litigieuse d'essentielle ou de déterminante, précisent qu'elle est une « condition essentielle » (4) ou une « condition déterminante » (5). Enfin, certains arrêts n'utilisent aucune expression consacrée, mais ne s'en réfèrent pas moins à l'idée correspondante. C'est ainsi qu'on peut lire, dans un arrêt de la Cour de Grenoble du 3 novembre 1942 (6) le passage suivant :

> Attendu qu'il résulte de l'examen de l'ensemble des éléments de la cause que les parties ont incontestablement voulu lier le sort de la promesse de vente à l'exécution de la stipulation annulée. Attendu que le libellé même de l'acte et l'insistance avec laquelle il est constaté que..., démontrent toute l'importance attachée à cette clause... »

Il n'était pas inutile de relever la diversité des expressions utilisées par les tribunaux. On ne saurait, d'ailleurs, leur en faire le reproche. Bien au contraire, cette hétérogénéité dans le vocabulaire constitue, nous semble-t-il, un gage de vitalité du raisonnement. Une expression « de style » risque toujours de se scléroser, de perdre son sens originaire. La notion de cause impulsive et déterminante offre le meilleur

appliquent strictement la notion de cause. Ensuite la notion de cause impulsive et déterminante a pris, dans le cadre de l'article 900, une signification sinon autonome, du moins beaucoup plus vague et plus large, et, en fin de compte, abusive.

281. - (2) Cf. T.C. Lille, 21 juillet 1952, D. 1953, Somm., p. 45 ; Com., 20 décembre 1961, Bull., 1961.III, n° 495, p. 433 ; Com., 11 juin 1965, Bull., 1965.III, n° 361, p. 329.

(3) Bull., 1963.III, n° 474, p. 396. V° dans le même sens : Com., 17 juin 1963, Bull., 1963.III, n° 305, p. 254. Dans l'arrêt cité au texte il s'agissait, en réalité, d'un acte « complexe ». Nous le citons à ce titre *supra*, n° 166. Quelquefois, en effet, les tribunaux ont fait appel à l'article 1172 et non à la notion d'indivisibilité, pour de tels actes.

(4) Req., 12 décembre 1945, G.P., 1946.I, Table, *v°* Paiement, n° 1.

(5) Cf. Civ., 28 décembre 1956, Bull., 1956.I, n° 477, p. 384. Cet arrêt concerne un cas de résolution pour inexécution. Mais la solution peut aisément être transposée.

(6) G.P., 1943.I.31. Un arrêt de la Chambre com. du 22 février 1967, Bull., 1967.III, n° 87, p. 83, déclare que les juges du fond apprécient souverainement si la clause nulle d'une convention présente un caractère essentiel et si sa nullité doit entraîner celle de la convention, sans même se référer à l'article 1172.

exemple de ce phénomène. Cet écueil est évité si les magistrats, au lieu d'employer une formule invariable, refont à chaque fois le raisonnement qui motive leur solution. En ce sens, la notion de condition impulsive et déterminante a conservé une signification précise, alors que celle de cause impulsive et déterminante a pris l'allure d'une formule magique. Par ailleurs, il s'agit ici d'exprimer une réalité concrète : l'intention des parties. S'il y a des façons plus ou moins élégantes de le faire, il n'y a certainement pas qu'une formule unique. En matière d'actes à titre gratuit, en revanche, tout le système repose théoriquement sur une notion abstraite, ou qui apparaît du moins comme telle, bien qu'elle exprime une idée concrète : celle de but visé.

On peut donc dire, pour situer la notion de condition impulsive et déterminante, qu'elle n'est que l'expression du principe d'autonomie de la volonté au point de vue de son incidence sur le problème de l'étendue de la nullité.

282. — La notion de condition impulsive et déterminante étant ainsi définie, il est une particularité de sa mise en œuvre concrète qui nécessite une mise au point. Il s'agit de savoir si la clause nulle doit avoir été la condition impulsive et déterminante pour les deux parties ou seulement pour celle qui en est l'instigatrice ou la bénéficiaire. Ce problème est propre aux contrats synallagmatiques, puisque dans les libéralités et dans les actes onéreux unilatéraux il n'y a qu'une volonté qui s'oblige. Généralement les arrêts parlent de condition impulsive et déterminante « du contrat » ou « des parties ».

> « Si dans l'intention DES PARTIES (la clause) a été déterminante, sa nullité entraîne celle du bail, »

dit, par exemple, un jugement du Tribunal civil de Lille du 21 juillet 1952 (1). Un arrêt de la Cour suprême du 17 juin 1963 (2) est plus précis encore :

> « Attendu que... les clauses contestées... n'avaient, selon la COMMUNE INTENTION DES PARTIES, aucun caractère essentiel... »

Un arrêt de la Cour de Grenoble du 3 novembre 1942 (3) précise :

> « Attendu que LES PARTIES ont incontestablement voulu lier le sort de la promesse de vente à l'exécution de la stipulation annulée..., LE VENDEUR NOTAMMENT n'ayant consenti à se lier... qu'en s'assurant contre les variations du franc... »

Il faudrait logiquement déduire de cette jurisprudence qu'une clause nulle, pour pouvoir entraîner la nullité du contrat lui-même,

282. - (1) D. 1953, Somm., p. 45.
(2) Bull., 1963.III., n° 305, p. 254.
(3) G.P., 1943.I.31.

doit avoir été déterminante pour les deux parties (4). Il est évident que, dans ces conditions, l'article 1172 ne s'appliquerait pratiquement jamais. En principe, un contrat met en présence des intérêts antagonistes, en ce sens qu'il contient des obligations réciproques. Les différentes stipulations profitent donc à l'une ou à l'autre partie (5). Lors de la conclusion du contrat, elles sont généralement proposées par une partie et acceptées par l'autre. Par conséquent, si une clause objectivement accessoire, telle une clause monétaire ou une clause de non-concurrence, est introduite dans le contrat à la demande de l'une des parties, elle jouera éventuellement pour elle le rôle d'une condition déterminante. Mais on ne pourra en aucun cas dire que cette clause aura joué un tel rôle « dans la commune intention des parties ». Bien au contaire, pour l'autre partie, cette clause constitue une charge supplémentaire. C'est toujours cette partie débitrice qui aura intérêt à en réclamer la nullité et c'est le cocontractant créancier qui demandera reconventionnellement la nullité du contrat tout entier. Parler, dans ces conditions, de commune intention des parties est inexact. Le terme « notamment », employé par l'arrêt précité de la Cour de Grenoble exprime bien l'embarras dans lequel se trouve la jurisprudence. Parfois, d'ailleurs, elle a effectivement été amenée à admettre, en fait, ce caractère unilatéral de la notion de condition impulsive et déterminante. Ainsi, la Cour d'Amiens, dans un arrêt du 28 juillet 1961 (6) démontre que la clause d'indexation insérée dans une vente avec rente viagère n'avait pas joué un « rôle impulsif et déterminant » pour le vendeur ; puis elle constate, s'agissant des acheteurs, que cette clause ne constituait qu'une charge supplémentaire et qu'il est inconcevable qu'elle ait pu être déterminante pour eux. C'est la démonstration d'une évidence. La Cour d'Orléans se montre moins scrupuleuse. Après avoir admis, dans son arrêt du 22 juillet 1953 (7) que la stipulation litigieuse était la condition impulsive et déterminante de la convention, elle se contente, pour motiver sa solution, de constater :

> « qu'en effet P. (LE PRÊTEUR) n'a consenti le prêt qu'en considération... ; que la nullité de la clause doit donc entraîner celle de la convention... »

282. - (4) On fait instinctivement le rapprochement avec la théorie de l'erreur commune ou de la cause commune.

(5) Il n'est pas impossible de concevoir, pourtant, des clauses « d'intérêt commun », telles qu'une clause compromissoire. En outre, certains contrats échappent totalement à cette règle selon laquelle les obligations sont réciproques : le partage, le contrat de société, le contrat de mariage...

(6) D. 1961, p. 726, R.T.D.Civ., 1962, p. 356.

(7) D. 1953, p. 655.

Le fait que la clause d'échelle mobile était déterminante pour le seul prêteur paraît donc suffisant à la Cour d'Orléans.

283. — Que l'on ne croie pas, cependant, que le seul intérêt de ces développements réside dans la rectification de ce détail du raisonnement de la jurisprudence. Ce détail, cette admission tacite du caractère bilatéral de la notion de condition impulsive et déterminante, peut quelquefois avoir, et a effectivement eu, des conséquences fâcheuses, non pas en ce qui concerne la preuve du caractère impulsif et déterminant d'une clause, mais au point de vue de ses effets. Si l'on admet *a priori* le caractère bilatéral, même si en fait on se contente par la force des choses d'une preuve unilatérale, on placera les parties sur un pied d'égalité et on leur permettra, le cas échéant, à l'une et à l'autre d'invoquer la nullité totale de la convention. Généralement, le problème ne se pose pas parce que les parties sont de bonne foi et que, dans ce cas, une seule a intérêt soit à demander la nullité de la clause, soit à demander reconventionnellement la nullité du contrat. Mais il arrive quelquefois que les parties cherchent à tirer profit de ce mécanisme pour des raisons inavouables. Un jugement du Tribunal civil de la Seine du 20 décembre 1947 (1) fournit un excellent exemple des abus possibles. En l'espèce, l'auteur d'une promesse de vente avait obtenu l'annulation de la renonciation à l'action en rescision pour lésion. Puis il demanda la nullité de la promesse de vente elle-même. Or, la clause en question, qui lui enlevait une possibilité, ne pouvait en aucun cas avoir été, pour lui, une condition impulsive et déterminante. Lui permettre d'invoquer l'article 1172 était un non-sens. S'il avait intérêt à la nullité totale ce n'était certainement pas parce que sans la clause en question il n'aurait pas contracté. L'admission du caractère unilatéral de la notion de condition impulsive et déterminante couperait court à de telles difficultés. En effet, le corollaire logique en serait que seule la partie pour laquelle une clause a eu une importance essentielle pourrait demander la nullité totale du contrat. Il est pour le moins curieux qu'un contractant puisse invoquer l'article 1172 en apportant la preuve que la clause nulle a été déterminante POUR LE COCONTRACTANT, alors que ce dernier s'accommode très bien de la nullité de la seule clause qui, pourtant, était à son avantage (2). Le seul problème qui doit être exa-

283. - (1) G.P., 1948.I.56, R.T.D.Civ., 1948, p. 332, n° 3, obs. MAZEAUD. Cette espèce a déjà longuement été examinée, *supra*, n°s 106-107.

(2) La reconnaissance officielle du caractère unilatéral de la notion de condition impulsive et déterminante serait une façon d'éviter des abus de ce genre. Mais il y a également l'abus inverse : une partie au contrat demande la nullité d'une clause, qui est entièrement à son avantage, uniquement pour pouvoir ensuite demander la nullité du contrat (cf. Nancy, 11 février 1931, D.P., 1932.II.17, note VOIRIN, S. 1933.II.97, note

miné est de savoir si la clause litigieuse a été impulsive et déterminante pour la partie qui demande la nullité totale du contrat.

2) L'intervention de la notion de cause dans la sphère de l'article 1172.

284. — Alors qu'en général c'est la notion de condition impulsive et déterminante, émanation directe du principe d'autonomie, qui constitue le critère de détermination de l'étendue de la nullité dans le cadre de l'article 1172, on constate, pourtant, que les tribunaux ont quelquefois recours à la notion de cause, même en cette matière.

C'est surtout à propos des clauses monétaires que l'on trouve des décisions de ce genre. Ainsi, la Cour de Paris déclare, dans un arrêt du 4 mai 1951 (1) :

> « que la stipulation de paiement en monnaie étrangère était illicite et contraire à l'ordre public ; qu'il échet seulement de rechercher, pour apprécier la validité dudit contrat, si cette stipulation a été la CAUSE DÉTERMINANTE de celui-ci ;... Considérant qu'on est donc en droit de déduire que cette stipulation... a été la cause déterminante du contrat. »

Sans utiliser le terme de cause, un arrêt de la Cour d'Amiens du 28 juin 1961 (2) se demande si la clause d'indexation a eu « un rôle impulsif et déterminant » dans le contrat. Cette expression est très proche de la définition de la notion de cause (3). Un jugement du Tribunal civil de Mayenne du 26 novembre 1936 (4) est particulièrement typique de ce « mélange » de « cause » et de « condition *sine qua*

ESMEIN, *supra*, n° 97 *in fine* et la note 5 ; *v°* également : T.C. Mayenne, 26 novembre 1936, J.C.P., 1937, n° 126, note H. M.). Le caractère unilatéral de la notion de condition impulsive et déterminante n'apporte aucun remède à ce dernier cas. Aussi vaut-il mieux, en définitive, rechercher une solution qui coupe court à tous les abus. Nous pensons qu'on peut la trouver dans une adaptation à notre matière de la notion de bonne foi : cf. *infra*, n°s 383 ss. Cela ne rend pourtant pas inutile cette mise au point concernant le caractère unilatéral ou bilatéral de la notion de condition impulsive et déterminante.

284. - (1) G.P., 1951.II.61. Dans le même sens : T.G.I. Soissons, 5 janvier 1966, D. 1967, p. 704, note EDELMAN.

(2) D. 1961, p. 726, R.T.D.Civ., 1962, p. 356.

(3) Comp., pour l'utilisation de la notion de cause dans d'autres hypothèses de nullité partielle d'actes à titre onéreux : Civ., 2 juillet 1958, Bull., 1958.I, n° 352, p. 284 ; Civ., 26 avril 1968, Bull.., 1968.III, n° 176, p. 136. Dans ce dernier arrêt, l'usage abusif de la notion de cause impulsive et déterminante est d'autant plus regrettable qu'il aboutit à une confusion flagrante entre résolution et nullité. Une promesse d'enchère jointe à un bail n'ayant pas été exécutée, la Cour suprême, constatant qu'elle constituait « la cause impulsive et déterminante » du bail, « annule » ce bail pour absence de cause ! Il ne pouvait s'agir que de résolution pour inexécution.

(4) J.C.P., 1937, n° 126, note H. M., G.P., 1937.I.213.

non » qu'opère parfois la jurisprudence. Le passage mérite, à ce titre, d'être cité *in extenso* :

> « Attendu, en conséquence, qu'il n'y a lieu d'annuler cette convention qu'au cas où la CONDITION illicite apparaît comme DÉTERMINANTE, qu'elle est le soutien indispensable sans lequel la convention perdrait sa raison d'être ; qu'il est nécessaire qu'il y ait entre cette condition et la convention un RAPPORT CERTAIN ET ÉTROIT DE CAUSALITÉ, un absolu déterminisme, et que la nullité ne peut être encourue que SI LA CONDITION se rapporte à l'objet même du contrat, qu'elle EN EST LA CAUSE, le motif impulsif et déterminant ; que s'il apparaît au contraire qu'une telle condition ne constitue qu'une modalité, un accessoire occasionnel de la convention, seule cette condition est entachée de nullité, sans avoir effet sur la convention elle-même ; or, attendu qu'en l'espèce, si la clause d'inaliénabilité prévue à la convention du 24 juin 1933 stipule qu'elle constitue une CONDITION ESSENTIELLE de la convention, il n'apparaît nullement qu'elle en ait été la CAUSE DÉTERMINANTE ; »

Autant l'utilisation de la notion de condition impulsive et déterminante dans le cadre de l'article 1172 semble devoir être pleinement approuvée, autant cette jurisprudence y introduisant la notion de cause nous paraît critiquable. S'il est évident que, le plus souvent, une clause d'indexation est une condition essentielle du contrat, sans laquelle celui-ci n'aurait pas pris naissance, est-il possible d'admettre que cette clause a été la CAUSE du contrat ? Cela nous paraît exclu. On ne contracte pas dans le but d'indexer. L'indexation n'est pas le motif impulsif et déterminant du contrat. On contracte, éventuellement, à la seule condition qu'il y ait indexation. La différence entre cause et condition apparaît clairement, une fois de plus (5).

Nous ne voyons qu'une seule explication à ces arrêts qui font appel inutilement et mal à propos à la notion de cause. On a tellement dit que, dans son interprétation des articles 900 et 1172, la jurisprudence a abouti à un système unique (6), que celle-ci a fini par y croire

284. - (5) Si la constatation de l'évolution de la signification attribuée par la jurisprudence, dans le cadre de l'article 900, à la notion de cause impulsive et déterminante (cf. *supra*, n^os^ 265 ss.) repose autant sur des impressions que sur des preuves ou des indices, cette utilisation de la même notion en matière de clauses monétaires constitue une preuve parfaite, semble-t-il, de la déformation qui s'est opérée, puisque cette fois il est impossible que la clause en question ait pu avoir été la cause du contrat. Comme il ne s'agit que d'une transposition, cette preuve reste valable pour les actes à titre gratuit eux-mêmes.

(6) Cf., tout récemment encore, A. HUET, Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques, R.T.D.Civ., 1967, p. 80 :

> « L'appel à la notion de cause n'a eu, en définitive, qu'un seul effet, non négligeable il est vrai, celui d'aligner l'article 1172 sur l'article 900. »
>
> La jurisprudence qui a recours à la notion de cause dans le cadre de l'application de l'article 1172 semble donner raison à cet auteur. Mais elle nous paraît, précisément, extrêmement critiquable.

elle-même et a estimé que les notions de cause impulsive et déterminante et de condition impulsive et déterminante étaient interchangeables. Il n'en est rien. L'utilisation de la notion de cause est aussi abusive dans sa transposition dans le cadre de l'article 1172 que dans son utilisation en matière de libéralités. Bien plus : alors que dans ce dernier domaine le système fondé sur la notion de cause pouvait être considéré comme un expédient utile, il est, en matière d'actes à titre onéreux, tout à fait inutile, puisque la notion de condition impulsive et déterminante fournit un instrument parfaitement efficace.

285. — Cela signifie-t-il que tout recours à la notion de cause soit injustifié en matière d'actes à titre onéreux ? Il y a, en réalité, deux cas à distinguer.

Si l'on est en présence d'un contrat synallagmatique véritable, il paraît difficilement concevable qu'une condition ou une clause objectivement accessoire soit le véritable but, la cause même de l'acte. Par hypothèse, il y a deux prestations opposées. La clause ou condition litigieuse ne peut donc être qu'une modalité affectant l'une ou l'autre de ces prestations. D'ailleurs, s'il pouvait se faire que la condition soit la cause du contrat — hypothèse qui ne doit pas être exclue *a priori*, les parties pouvant donner libre cours à leur imagination dans la façon de rédiger leur contrat — celui-ci ne serait plus nul en vertu de l'article 1172, mais directement en vertu des articles 1131-1133. La situation serait la même que celle qui caractérisait les arrêts rendus en matière de libéralités et qui déclaraient que, lorsque la condition ou la charge nulle a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité, ce n'est plus l'article 900, mais les textes précités sur la cause, qui s'appliquaient (1). Ce raisonnement était, sur ce point, parfaitement logique.

Lorsqu'il s'agit de contrats à titre onéreux unilatéraux, la situation est toute différente. De tels contrats conditionnels sont relativement fréquents. Mais il y a lieu d'en distinguer deux sortes. On trouve, d'une part, de nombreux contrats unilatéraux conditionnels qui sont, au fond, de véritables contrats synallagmatiques ou, plus précisément, des promesses de contrats synallagmatiques : « Je vous promets telle chose si vous accomplissez tel acte » (2). La condition n'est autre chose que la contre-prestation demandée. Dans ces actes, la prétendue condition joue effectivement le rôle de cause de l'acte. Le but de la promesse, c'est l'obtention de la prestation visée dans la condition. Mais plutôt que d'appliquer l'article 1172 dans ces hypothèses, bien que la solution soit satisfaisante en pratique, il serait logique de rendre à ces

285. - (1) Cf. *supra*, n° 266.
(2) Cf. à ce sujet *supra*, n° 66.

actes leur véritable qualification et d'appliquer directement les articles 1131-1133. De telles promesses sont nulles, le cas échéant, non pas de façon médiate, par répercussion de la nullité de la prétendue condition, mais de façon immédiate, pour illicéité ou immoralité de leur cause. Pour les vrais contrats unilatéraux conditionnels, d'autre part, l'article 1172 est, en théorie, parfaitement applicable. De tels contrats peuvent exister en pratique. Il suffit de songer à une promesse de vente ou à une promesse de prêt. Ces contrats contiendront éventuellement les modalités auxquelles le contrat définitif sera soumis : clause d'indexation, clause de non-concurrence... Lorsque l'une de ces clauses est nulle, l'article 1172 sera applicable. Si elle a été une condition impulsive et déterminante de la promesse, celle-ci sera également anéantie. Mais il sera abusif de parler de cause dans ce cas.

La conclusion à laquelle nous arrivons, c'est que l'application de la notion de cause est exclusive de celle de l'article 1172. Dès qu'une clause ou condition est la cause impulsive et déterminante de l'acte, ce sont directement les textes sur la cause qui doivent s'appliquer. S'il ne s'agit, au contraire, que de conditions *sine qua non*, c'est l'article 1172 qui doit être invoqué.

§ 2. — Appréciation critique de la mise en œuvre jurisprudentielle de l'article 1172.

286. — Autant l'ensemble du système jurisprudentiel fondé sur la notion de cause impulsive et déterminante en matière de libéralités nous est apparu critiquable, autant nous approuvons pleinement l'usage fait par les tribunaux de la notion de condition impulsive et déterminante dans le cadre de l'article 1172. La seule réserve que nous ayons à formuler concerne précisément la transposition, opérée par quelques décisions, de la notion de cause dans le ressort de ce texte. Ce recours à la notion de cause impulsive et déterminante est non seulement inopportun, mais il est en outre parfaitement inutile.

La notion de condition impulsive et déterminante, ou plutôt l'idée qu'elle exprime (1), permet de respecter au mieux les intentions des parties. On ne peut pas, pour autant, qualifier le recours à cette notion de subterfuge plus ou moins inadéquat et contradictoire, comme c'est le cas pour son correspondant en matière de libéralités. Elle n'est, en définitive, que l'expression du caractère interprétatif de l'article 1172 qui est unanimement reconnu.

287. — Mais si la notion de condition impulsive et déterminante est en soi un instrument efficace et irréprochable, encore faut-il que

286. - (1) Cf. *supra*, n° 281, les différentes formules qu'utilisent les tribunaux.

les tribunaux n'en abusent point, sous peine de perdre une grande partie de sa valeur. Or, dans certains cas, et plus particulièrement en matière de clauses monétaires, il semble que la jurisprudence ait parfois détourné la notion de condition impulsive et déterminante de son véritable but pour justifier une solution qu'elle considérait comme souhaitable. En effet, sauf de rares exceptions, une clause monétaire peut être généralement considérée comme ayant un caractère essentiel aux yeux du créancier. Et pourtant, de nombreux arrêts ont annulé la clause en maintenant le contrat, sous prétexte que celle-ci n'en était pas la condition impulsive et déterminante (1). Si cette solution s'imposait effectivement, c'était parce que l'ordre public économique l'exigeait. C'est ce que les magistrats ont vraisemblablement compris, en quelque sorte intuitivement. Mais ils ont préféré justifier leurs solutions au moyen de notions bien établies. Mais avec de telles utilisations, la notion de condition impulsive et déterminante risque de perdre son véritable sens et sa valeur en tant qu'instrument permettant de respecter les intentions des parties en cas de nullité d'une clause d'un acte. Dans la mesure où, dans certaines hypothèses, la notion de condition impulsive et déterminante doit être écartée en tant que critère de l'étendue de la nullité, il importe que cela soit fait clairement, et, en particulier, qu'un autre critère tout aussi précis en prenne la place. La notion d'ordre public semble pouvoir parfaitement jouer ce rôle de critère subsidiaire (2).

288. — S'agissant de l'expression même de « condition impulsive et déterminante », une légère critique peut être formulée au sujet des qualificatifs qui accompagnent le terme de condition. Si ceux-ci conviennent parfaitement dans l'expression de « cause impulsive et déterminante », ils ne nous paraissent pas appropriés pour exprimer l'idée de condition *sine qua non*. La cause est effectivement ce qui donne L'IMPULSION à la conclusion de l'acte, ce qui DÉTERMINE son auteur à le réaliser. Les termes « impulsif et déterminant » permettent donc d'expliciter le concept trop abstrait de « cause », bien qu'au fond l'expression ne constitue qu'un pléonasme. En revanche, à l'expression « condition impulsive et déterminante » nous préférerions celle, plus simple, de « condition essentielle » ou de « condition *sine qua non* », ces derniers mots exprimant clairement le sens désiré. Une condition est une modalité, c'est-à-dire un aménagement de quelque chose de préexistant. Certes, ce qui est qualifié de condition peut avoir été « impulsif et déterminant » de l'acte, avoir constitué le véritable motif de sa conclusion. Mais alors il s'agit précisément de la

287. - (1) Cf. *supra*, n° 80.
(2) Cf. *infra*, chapitre IV, n°s 325 ss.

cause de l'acte et non plus d'une véritable condition. Une condition n'est pas à l'origine de l'acte, elle ne détermine pas sa conclusion. Mais il est possible que l'acte ne se serait pas réalisé sans elle, qu'elle ait été essentielle pour la partie qui l'imposait, tout cela étant parfaitement rendu par l'expression « *sine qua non* ».

Il ne s'agit là, bien sûr, que d'une particularité de terminologie tout à fait secondaire. Mais elle accentuerait la différence existant entre cause et condition, ces deux concepts étant si souvent confondus en notre matière, précisément, peut-être, parce qu'on leur accole les mêmes qualificatifs et qu'on crée ainsi une ressemblance trompeuse.

Section III

BILAN DE L'ETUDE DES NOTIONS DE CAUSE ET DE CONDITION IMPULSIVE ET DETERMINANTE

289. — On considère généralement (1), que, par l'effet d'une interprétation convergente, les deux textes de base, l'article 900 et l'article 1172, se sont rejoints pour ne plus former qu'une règle unique. C'est surtout Josserand (2) qui s'est attaché à le démontrer. Il assimile expressément les notions de « cause impulsive et déterminante » et de « condition *sine qua non* » (3).

Est-il besoin de dire que nous ne pouvons nous satisfaire d'une telle conclusion. Certes, de la façon dont elles sont appliquées actuellement, les deux notions de cause et de condition impulsive et déterminant aboutissent au même résultat : le respect de la volonté des auteurs des actes juridiques. Mais si nous approuvons le raisonnement dans un cas, nous ne pouvons que le critiquer dans l'autre. La raison fondamentale de cette différence d'attitude vis-à-vis de l'application de ces deux notions réside dans la différence qui nous paraît devoir être faite entre les concepts de cause et de condition.

Nous avons trop insisté sur ce point (4) pour reprendre une fois de plus la discussion. Il n'y a, certes, aucune différence de nature entre les deux concepts : ils relèvent tous deux de l'intention des parties. Il en résulte qu'il ne faut pas s'en tenir à la qualification donnée par celles-ci. Mais ces deux concepts correspondent, en quelque sorte, à des

289. - (1) Cf. *supra*, n° 63 et les références citées. V° également la note 6 n° 284.
(2) *Op. cit.*, pp. 191-192.
(3) *Op. cit.*, p. 188.
(4) Cf. *supra*, tout au long de l'étude de la mise en œuvre de la notion de cause impulsive et déterminante et de son appréciation critique, n°s 265 ss., en particulier n°s 270 à 272.

zones différentes de l'intention (5). La distinction est essentiellement d'ordre psychologique : c'est toute la différence entre un BUT et une MODALITÉ.

290. — C'est au prix d'une singulière déformation de la notion de cause que les tribunaux sont arrivés à unifier les résultats concrets des articles 900 et 1172. On peut estimer que le prix n'est pas excessif comparé aux heureux effets du système. Mais si l'on veut le résultat, pourquoi refuser les moyens ? Car, au fond, l'origine de cette situation confuse réside dans le fait qu'on a voulu conférer à l'article 900 les effets d'un texte interprétatif tout en feignant de le considérer comme un texte impératif.

Il y aurait un moyen très simple de mettre fin à toutes les contradictions : il suffirait de substituer, dans la mise en œuvre de l'article 900, l'expression de condition impulsive et déterminante ou de condition *sine qua non* à celle de cause impulsive et déterminante. Toutes les difficultés s'évanouiraient. Y a-t-il un obstacle qui empêche cette légère modification terminologique ? Car il faut bien reconnaître qu'en fait il ne s'agirait que de cela. La signification de cette substitution de termes serait précisément la reconnaissance officielle du caractère interprétatif de l'article 900. Mais ce caractère ne lui est-il pas, en pratique, reconnu par tout le monde ? En conséquence, une construction sans fondement et qui ne tient, depuis un siècle, que par la force d'inertie de la tradition, ferait place à une autre, plus simple et plus solide. Par ailleurs, la notion même de cause, que des utilisations abusives de ce genre ne peuvent que rendre plus confuse encore, s'en trouverait clarifiée. Pourtant, il est peu probable que la jurisprudence cesse d'avoir recours à la notion de cause impulsive et déterminante comme critère de l'étendue de la nullité des libéralités. Bien au contraire, n'avons-nous pas observé que le concept de cause tendait à envahir également le ressort de l'article 1172 ? Et pourquoi les tribunaux modifieraient-ils leur position puisque, mises à part quelques opinions isolées, tout le monde se montre satisfait de son système ? Il ne serait que temps, cependant, que les règles légales soient alignées sur la réalité. Si, comme le dit M. Dabin (1) :

> « un moment vient où les impératifs de la vie sont plus forts que les impératifs des textes, »

il est un autre moment où ce triomphe des « impératifs de la vie » doit être réintégré dans la sphère du droit. C'est précisément ce qui n'a pas été fait à propos de l'article 900. En réalité, il nous semble que c'est une réforme d'ensemble qui devrait intervenir et non pas

289. - (5) Cf. *supra*, n° 272, l'image des cercles concentriques.
290. - (1) Citation rapportée par A. de BERSAQUES, *op. cit.*, Mélanges Dabin, p. 491.

seulement une adaptation des articles 1172 et 900 aux besoins concrets. Car ces deux textes ne recouvrent qu'une partie du problème de l'étendue de la nullité. Or, c'est à l'ensemble de ce problème qu'une solution doit et peut, nous semble-t-il, être trouvée (2).

290. - (2) Cf. *infra*, chapitre II du titre II, n°s 371 ss.

CHAPITRE II

La notion d'indivisibilité.

291. — Voilà un concept d'une simplicité apparemment parfaite : celui d'indivisibilité, qui, pourtant, se révèle comme l'un des plus confus lorsqu'on analyse ses applications concrètes. Il n'est cependant pas dans nos intentions d'en faire une étude complète. Mais avant d'en examiner les incidences en matière de nullité partielle, il convient de situer cette notion par rapport à l'ensemble de notre système juridique. Après cette entrée en matière, c'est essentiellement en tant que critère de l'étendue de la nullité que la notion d'indivisibilité nous retiendra. Enfin, en guise de conclusion, il ne sera pas sans intérêt de confronter cette notion avec les autres critères de l'étendue de la nullité utilisés par la jurisprudence, à savoir avec les notions de cause et de condition impulsive et déterminante.

Section I

LA NOTION D'INDIVISIBILITE EN DROIT POSITIF EN GENERAL. RECHERCHE D'UNE DEFINITON

292. — C'est dans le Code civil lui-même qu'on trouve les premiers éléments d'une définition de la notion d'indivisibilité. Une section entière (1) est en effet consacrée aux « obligations divisibles et indivisibles ».

292. - (1) Art. 1217 à 1225.

« L'obligation est divisible ou indivisible, dit l'article 1217, selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle. »

A notre point de vue, l'intérêt de ces textes n'est que très limité. Ils ne concernent, en effet, qu'un usage particulier du concept que nous étudions : l'indivisibilité D'UNE OBLIGATION ayant plusieurs débiteurs ou créanciers. Or, ce qui nous intéresse essentiellement, c'est l'indivisibilité ENTRE LES OBLIGATIONS, entre les stipulations d'un même acte juridique. Par ailleurs, ces textes se rapportent à des questions d'exécution des obligations, alors que notre problème est celui de leur nullité. On peut cependant en retenir que l'indivisibilité peut revêtir deux aspects : elle peut être soit matérielle, soit intellectuelle.

293. — Lorsqu'on se penche sur les recherches doctrinales, au demeurant fort rares (1), et sur les applications jurisprudentielles, très nombreuses au contraire, l'impression d'une confusion extrême se dégage. Dans le Vocabulaire juridique, établi sous la direction de H. Capitant, on trouve la définition suivante de l'indivisibilité :

« Etat de ce qui ne peut être divisé soit matériellement, soit intellectuellement, sous un rapport envisagé. »

Par rapport au texte de l'article 1217 du Code civil, cette définition n'apporte aucun élément nouveau. Elle se contente d'en extraire les deux aspects que peut revêtir l'indivisibilité pour les inscrire dans une formule générale. Dans l'ouvrage précité de M. Terré (2) on trouve le passage suivant :

« Il y a indivisibilité entre deux ou plusieurs éléments, lorsque ceux-ci sont unis entre eux de telle sorte qu'un régime juridique unique soit applicable à l'ensemble, soit à propos d'une règle isolée, soit à propos d'un ensemble plus ou moins large de règles. »

Cette formule tient plus de la constatation que de la définition. En tout cas, elle ne nous renseigne guère sur le contenu du concept d'indivisibilité.

Mais qu'aurait-on pu dire de plus ? Les utilisations concrètes de cette notion sont tellement variées qu'il n'est guère possible de l'enfermer dans une définition plus précise et cependant complète. On peut tout au plus se demander si cette absence de définition précise est la cause ou la conséquence des multiples usages qu'on en a fait.

293. - (1) Cf. surtout : J. BOULANGER, Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques, R.T.D.Civ., 1950, pp. 1 ss. ; F. TERRÉ, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, pp. 374 ss. V° également : BARATHON, *op. cit.* ; F. HUBERT, Théorie jurisprudentielle de l'indivisibilité en matière de donations déguisées, J.C.P., 1944, chronique n° 414.

(2) *Op. cit.*, p. 390.

Plus une notion est élémentaire, plus son utilisation peut être large, plus aussi celle-ci risque d'être abusive (3). Plusieurs auteurs ont rendu attentif à ce danger, tout en relevant les applications jurisprudentielles aussi nombreuses que variées de ce concept d'indivisibilité. Ainsi Barathon, dans son ouvrage sur la divisibilité des clauses du contrat de mariage écrit (4) :

> « Si l'on veut bien remarquer que la division d'un acte juridique peut se produire à un grand nombre de points de vue, on en conclura que l'idée d'indivisibilité correspond à un grand nombre de notions distinctes... Ces diverses notions d'indivisibilité, quoique présentant des traits généraux communs, correspondent à des idées si nombreuses qu'on a pu être tenté d'en faire abus. »

Gény, de son côté, observe (5) :

> « Quels emplois surprenants n'en a-t-on pas faits, et si l'on veut bien me pardonner l'expression, à quelle sauce ne l'a-t-on pas mise dans les matières les plus diverses ? — Indivisibilité de l'état des personnes, pour appuyer la théorie du légitime contradicteur dans les questions d'état ; — Indivisibilité de l'obligation alimentaire, pour en tirer le principe d'une condamnation au tout contre les divers débiteurs d'aliments ; — Indivisibilité des attributs de la puissance paternelle, afin d'exclure l'intervention modérée et souple des tribunaux en dehors des cas légaux de déchéance de la puissance paternelle ; — Indivisibilité du régime du conseil judiciaire, pour imposer l'application en bloc de toutes les incapacités édictées par les articles 499 et 513 du Code civil ; — Indivisibilité de la saisine héréditaire, permettant une pétition d'hérédité totale à l'un ou quelques-uns de plusieurs héritiers saisis ; — Indivisibilité du patrimoine, entraînant l'indivisibilité de l'hérédité et de l'acceptation de celle-ci ; — Indivisibilité de la condition, envisagée comme une nécessité logique ; etc... Ces résultats, quand on les doit admettre, se justifient par des motifs d'équité ou d'intérêt pratique, tandis que la conception dont on les fait dépendre,... reste le plus souvent subjective, de telle façon qu'en le prenant comme fondement objectif d'une construction juridique, on s'expose... à des résultats erronés. »

On pourrait y ajouter, en guise d'illustration nouvelle plus récente, mais non moins curieuse, la divisibilité de la filiation adultérine (6). L'extrême diversité des applications de la notion d'indivisibilité fait dire au professeur Boulanger (7) :

293. - (3) A propos de cette utilisation des concepts et des techniques, comp. : Perrot, en particulier : Troisième Partie : Les procédés techniques équivoques et leur influence, pp. 142 ss.

(4) *Op. cit.*, pp. 1-2.

(5) Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2e éd., t. I, n° 75, p. 168.

(6) Cf. Ass. plén. civ., 23 juin 1967, D. 1967, p. 525, concl. Lindon ; Civ., 14 novembre 1967, D. 1968, p. 41, note Rouast.

(7) Article précité, p. 1.

« Loin de donner du réel une représentation plus exacte en vue de la mise en mouvement de la règle de droit appropriée, elle peut n'être plus qu'UN MOT QUI COUVRE, D'UNE APPARENCE FLATTEUSE, UNE SOLUTION D'OPPORTUNITÉ. »

294. — Si nous avons aussi longuement cité les auteurs, c'est pour nous abriter derrière leur constatation de l'absence d'une théorie générale de l'indivisibilité. Nous voulions simplement faire remarquer que l'utilisation de ce concept en matière de nullités n'en est qu'une parmi de multiples autres et qu'il n'est pas nécessaire, contrairement à ce qu'il en était au sujet de la notion de cause impulsive et déterminante, de chercher à l'intégrer dans une théorie générale de l'indivisibilité. Nous pouvons donc nous attacher exclusivement, désormais, au rôle tenu par la notion d'indivisibilité en matière de nullités, plus précisément à son rôle en tant que critère de l'étendue de la nullité.

Section II

L'INDIVISIBILITE, CRITERE DE L'ETENDUE DE LA NULLITE

295. — Même dans le domaine restreint de la nullité des actes juridiques, la notion d'indivisibilité n'est pas unique. Il s'agit tantôt de l'indivisibilité d'une obligation ou, plus précisément, de l'objet d'une obligation, tantôt de l'indivisibilité entre les différentes obligations d'un même acte juridique ou entre les différentes opérations juridiques contenues dans un même *instrumentum*. Mais, en outre, il y a lieu de distinguer surtout l'indivisibilité objective, matérielle, de l'indivisibilité subjective. Bien qu'il s'agisse du même terme, cette dernière distinction met en œuvre des concepts fondamentalement différents. Nous ne voyons pas quels points communs il peut y avoir entre le cas d'un prix non ventilé prévu pour plusieurs objets et, de ce fait, indivisible objectivement, et celui d'un acte juridique instrumentaire comprenant plusieurs opérations juridiques tout à fait distinctes mais dont les parties ont voulu, expressément ou non, lier le sort. Seul le terme d'indivisibilité réunit ces deux hypothèses dont les fondements n'ont rien de commun. La première repose sur la nature des choses, la seconde sur le principe d'autonomie de la volonté. Il apparaît donc à l'évidence qu'il y a lieu d'examiner séparément ces deux concepts d'indivisibilité.

§ 1. — L'indivisibilité matérielle ou objective.

Jusqu'à présent nous considérions les deux qualificatifs « matérielle et objective » de ce premier type d'indivisibilité comme synonymes.

En réalité, lorsqu'on approfondit la question, on se rend compte rapidement qu'il y a lieu d'opérer une sous-distinction pour laquelle ces deux termes peuvent précisément servir de critères. En effet, tantôt l'indivisibilité est réellement matérielle ; elle tient à la nature de la chose qui est l'objet de l'obligation : sa division est impossible, irréalisable en pratique. Tantôt cette division matérielle ne rencontre aucun obstacle concret, mais c'est la nature juridique de l'opération litigieuse qui, objectivement, ne permet pas de la diviser sans en altérer l'essence même. En définitive, l'indivisibilité strictement «matérielle» concerne une obligation isolée, alors que celle qui tient à la nature de l'opération intervient, par hypothèse, à propos des différentes obligations composant cette opération.

1) L'indivisibilité purement matérielle.

296. — L'exemple le plus simple d'une indivisibilité strictement matérielle peut être trouvé en matière de vente, lorsqu'un prix unique global est stipulé alors que la contre-prestation est formée d'un ensemble de biens. Si cette cession est nulle en ce qui concerne l'un des biens en question, par exemple parce qu'il s'agit d'une chose d'autrui, et si le juge n'a aucun moyen d'opérer une ventilation du prix, la seule solution possible réside dans l'annulation de l'opération tout entière (1), quitte à ce que les parties se mettent d'accord ensuite sur un nouveau prix en ce qui concerne la partie licite de l'acte. Dans un tel cas, l'admission théorique d'une nullité partielle ne se heurte à aucun obstacle juridique. Seule l'impossibilité de ventiler le prix est ici à l'origine de la nullité totale.

En pratique, de tels litiges ne sont que rarement portés devant le juge, les parties s'arrangeant à l'amiable d'autant plus facilement que le problème posé est de pur fait. Si le vendeur refuse le maintien partiel de l'acte, une échappatoire semble devoir être laissée à l'acquéreur. C'est, en tout cas, ce qu'a admis un arrêt ancien de la Cour de Grenoble du 8 août 1832 (2). Il s'agissait, en l'espèce, de la cession, pour un prix global, de deux successions dont l'une n'était pas encore ouverte. L'arrêt a maintenu la cession en ce qui concernait la succession ouverte, malgré l'indivisibilité du prix, parce que le cessionnaire offrait de faire porter l'entier prix sur la succession ouverte. Ainsi, dit l'arrêt, il « détruit tout ce que l'acte pourrait avoir de vicieux ».

296. - (1) Cf. Req., 14 novembre 1843, S. 1844.I.229. Sur cette question, cf. note Morel au S. 1946.II.85. Comp., pour l'indivisibilité d'un contrat d'assurance couvrant plusieurs risques moyennant une prime unique non ventilée, Soc., 14 février 1968, Bull., 1968.V, n° 100, p. 83. Mais il s'agissait d'un problème de résiliation, non de nullité, quoique le raisonnement fût transposable.

(2) S. 1833.II.176.

Bien que cette solution ne soit fondée sur aucun principe établi et ne repose que sur l'équité et le bon sens, il semble qu'elle doive être approuvée. Tout au plus le vendeur pourrait-il prétendre qu'il n'aurait pas cédé, même au prix total, la partie valable de l'objet de la vente. Mais il s'agit là d'une question d'indivisibilité subjective. Sur le plan objectif, malgré l'indivisibilité du prix, la nullité partielle de l'acte peut être prononcée dans ce cas.

Outre l'indivisibilité du prix, il y a lieu de mentionner également l'indivisibilité matérielle de l'objet d'une obligation partiellement nulle. Diverses solutions jurisprudentielles peuvent être rattachées à cette idée. Ainsi, une libéralité partiellement soumise à une charge de substitution prohibée ou partiellement nulle pour toute autre raison ne sera, en principe, anéantie que dans la mesure où le vice l'atteint. Mais il en sera autrement si l'objet est indivisible (3).

Il faut mentionner, enfin, l'indivisibilité purement matérielle pouvant exister entre les différentes opérations incluses dans un acte instrumentaire « complexe ». Les testaments conjonctifs, par exemple, ne sont annulés par la jurisprudence que si les textes correspondants aux deux testaments sont inséparables (4). Le même problème se pose parfois en matière de donations conjointes. La Chambre civile a eu à statuer récemment à deux reprises sur le cas de telles donations conjointes, l'un des donateurs n'étant pas sain d'esprit. Si la donation de celui qui est sain d'esprit ne peut être isolée, c'est la nullité totale qui en résulte (5). Mais cette indivisibilité n'est pas présumée. Encourt donc la cassation, l'arrêt :

> « qui ne constate l'insanité d'esprit que d'un seul des auteurs de la libéralité conjointe, mais en prononce néanmoins la nullité totale et sans restriction, sans s'expliquer aucunement sur les circonstances de nature à fonder cette nullité intégrale (6). »

Sans aucun doute, l'une des « circonstances de nature à fonder cette nullité intégrale » aurait été l'impossibilité matérielle de séparer les deux dispositions. Mais en outre, cette nullité totale de la donation conjointe aurait pu résulter aussi de l'indivisibilité subjective de l'ensemble (7).

296. - (3) Cf. Planiol et Ripert, t. V, par Trasbot et Loussouarn, n° 429, p. 563. On est tenté de citer également le cas de la libéralité réductible pour atteinte à la réserve, mais portant sur un objet unique et indivisible. Mais il ne semble pas qu'on puisse parler de nullité totale dans ce cas, étant donné que, même si la libéralité est anéantie totalement en nature, il y aura lieu, le cas échéant à récompense.

(4) Cf. *supra*, n° 147.

(5) Civ., 30 mars 1960, Bull., 1960.I, n° 190, p. 153.

(6) Civ., 27 janvier 1960, Bull., 1960.I, n° 60, p. 49.

(7) Le problème d'une telle indivisibilité matérielle pourrait se poser également à propos de l'objet du contrat de société. Cf. A. Lévy-Soussan,

297. — Il apparaît, en fin de compte, que cette question de la divisibilité purement matérielle est sous-jacente chaque fois que se pose un problème de nullité partielle. Elle constitue la première étape du raisonnement. Certes, le plus souvent, cette question n'est pas évoquée en pratique parce que la divisibilité matérielle est évidente. Il en est ainsi chaque fois que le vice atteint une clause d'un acte ou un élément quantitatif excessif. La réalité du problème n'est perçue que lorsque la question est effectivement litigieuse, comme dans les cas examinés qui ne constituent, bien sûr, que des exemples.

Une conséquence directe résulte de cette constatation, selon laquelle le problème de la divisibilité matérielle n'est qu'une première étape dans le raisonnement : la réponse à cette question préliminaire ne préjuge en rien la solution finale. Théoriquement il faut, dans tous les cas, poser ensuite le problème de la divisibilité subjective, fondée sur l'intention des parties. Ainsi, s'agissant du prix d'une cession partiellement nulle, il ne suffira pas que ce prix soit divisible ; encore faudra-t-il que le maintien partiel de l'acte ne heurte pas les intentions présumées des parties. Et il n'en est pas différemment dans les autres hypothèses. Un arrêt de la Chambre civile du 20 mars 1929 (1), relatif à une clause illicite de perpétuité dans un bail, met clairement en relief les deux étapes du raisonnement (2) :

> « Attendu que même si les juges du fond avaient le pouvoir de supprimer d'un contrat, maintenu en son surplus, une seule clause illicite qui, à raison de son caractère accessoire, paraîtrait pouvoir disparaître sans que l'économie de la convention en fût atteinte, l'arrêt attaqué serait encore dépourvu de base légale à défaut de toute appréciation y portée, sur le caractère secondaire ou au contraire essentiel que la clause illicite pouvait avoir dans l'esprit des parties... »

Mais, de même que nous avons observé que le premier problème, relatif à la divisibilité matérielle, n'apparaît pas toujours en pratique, de même le second, concernant l'investigation de la volonté des parties, ne se pose pas toujours. Une donation, par exemple, même limitée, est toujours bienvenue. Et il semble peu probable qu'un donateur, averti, par hypothèse, des limites de la validité de la libéralité qu'il projetait, renoncerait pour autant à la réaliser dans la mesure de ce

J. Cl. Civ., art. 1833, n°° 15-16 et les références citées. Comp. Com., 9 décembre 1957, Bull., 1957.III, n° 339, p. 291.

297. - (1) D.P., 1930.I.13, note Voirin.

(2) L'arrêt ne concerne pas un problème de divisibilité matérielle. Il s'agit de savoir si l'acte est encore viable sans la stipulation nulle : cf., sur ce point, *infra*, n° 301 *in fine*. Mais le raisonnement peut parfaitement être transposé, les deux problèmes étant voisins. C'est à ce titre qu'il était intéressant de citer cet arrêt à cet endroit

qui est permis (3). Cette fois, c'est la question subjective qui est sous-jacente et c'est celle de la divisibilité purement matérielle qui épuise en fait le problème.

2) L'INDIVISIBILITÉ RÉSULTANT DE LA NATURE JURIDIQUE DE L'OPÉRATION.

298. — Lorsque l'indivisibilité objective tient à la nature même de l'opération partiellement viciée, le problème est différent du précédent non seulement par l'origine de l'indivisibilité mais aussi par ses conséquences. Il s'agit cette fois, de l'indivisibilité entre les différents éléments d'un acte juridique. De plus, alors que l'indivisibilité purement matérielle est accidentelle et exceptionnelle, en ce sens qu'elle entraîne une nullité totale là où normalement une nullité partielle eût été suffisante, celle tenant à la nature de l'opération est constante dans certains types de contrats. La nullité totale est donc ici la règle. Dans cette mesure, ces cas n'entrent pas à proprement parler dans le sujet de notre étude. Il n'est cependant pas inutile de les examiner rapidement, pour deux raisons. D'une part, cela expliquera pourquoi dans certains cas la nullité partielle est écartée d'office. D'autre part, certaines solutions jurisprudentielles relatives à des hypothèses de ce genre sont discutables, notamment en matière d'échange.

Les opérations, pour lesquelles la nullité partielle est ainsi écartée d'office, constituent par nature même un ensemble cohérent dont il n'est pas possible de séparer une partie sans rompre un équilibre interne essentiel.

Ainsi, lorsqu'un bien qui ne devait pas être partagé a été inclus dans un partage, lorsqu'un enfant a été omis ou encore lorsque l'opération est nulle par rapport à l'un seulement des copartageants, il n'est pas possible de ne l'annuler qu'en partie. C'est inévitablement l'ensemble de la construction qui s'effondre. Certes, les parties à l'acte peuvent toujours s'arranger amiablement pour éviter un tel résultat. Mais dès que le juge en est saisi, il ne peut que prononcer la nullité intégrale. C'est ce qu'exprime clairement un arrêt de la Cour d'Amiens du 10 novembre 1853 (1) :

> « Attendu que l'acte du 21 septembre 1851 ne peut être scindé dans la disposition dont il se compose ; qu'il ne peut être maintenu en ce qui concerne les majeurs et annulé en ce qui concerne les

297. - (3) Il en serait différemment, pourtant, s'il s'agissait de donations réciproques ou conjointes.

298. - (1) S. 1853.II.690. La Cour suprême exprime la même idée d'indivisibilité absolue du partage à propos d'un autre problème : celui de la date d'évaluation des biens partagés. Cf. Civ., 15 mai 1876, D.P., 1876.I.322 ; Civ., 6 décembre 1876, D.P., 1877.I.171 ; Civ., 14 juin 1937, J.C.P., 1937. p. 374.

mineurs ; qu'il renferme une sorte de liquidation et de partage qu'on ne peut conserver en partie ;... »

S'il est un acte juridique dans lequel les intérêts en présence sont réellement antagonistes et les concessions réciproques âprement discutées, c'est la transaction. Il se peut, là aussi, qu'un vice n'atteigne qu'une partie de l'acte. Il suffit d'imaginer une transaction mettant fin à plusieurs litiges différents ou à un litige intervenu entre plusieurs personnes. Dans un tel acte, tout est important. La nullité ne peut, en principe, être que totale (2). Il n'en serait autrement que si, dans le même acte, il était possible de distinguer, en fait, plusieurs transactions isolables les unes des autres ou d'y trouver des dispositions réellement accessoires dans l'intention des parties.

299. — L'indivisibilité de l'opération a également été invoquée en matière d'engagements lésionnaires des mineurs, pour éviter qu'un mineur puisse obtenir l'annulation de la seule clause qui rend le contrat lésionnaire et garder ainsi le bénéfice du contrat pour le surplus. Le cas est assez spécial, car, pour qu'un tel acte soit annulable, il faut qu'il soit doublement vicié : en tant qu'engagement d'un mineur incapable d'abord, en tant qu'engagement lésionnaire ensuite.

La jurisprudence estime que le contrat conclu par le mineur forme un ensemble indivisible. C'est ainsi, par exemple, que la Chambre civile, par un arrêt du 13 février 1906 (1) casse un jugement du Tribunal civil de Lille du 21 novembre 1905 qui :

> « tout en tenant pour valable l'ensemble du contrat de travail..., a néanmoins annulé ladite clause à l'encontre des patrons, sous le prétexte qu'elle aurait causé une lésion au mineur »,

au motif que :

> « si le mineur non émancipé peut faire rescinder pour cause de lésion les conventions non soumises par la loi à des formalités spéciales, qu'il a passées sans l'intervention de son tuteur ou de son administrateur légal, il ne saurait être admis à fractionner les clauses d'un contrat formant un ensemble indivisible, et à réclamer en même temps, la rescision pour lésion de certaines de ses clauses, et le maintien des autres ; »

Une solution contraire a cependant été admise dans le cas où la lésion résultait d'une clause pénale. Un arrêt de la Cour de Paris du 8 juillet 1882 (2) ne prononce que la nullité de la seule clause pénale :

298. - (2) Cf. Civ., 4 novembre 1903, S. 1904.I.209. V° également : Civ., 5 mars 1912, D.P., 1914.I.117, S. 1912.I.380 ; Req., 31 janvier 1917, S. 1918.I.197. V° également : GIVERDON, J. Cl. Civ., art. 2044-2058, fasc. D. n° 57 et les nombreuses références citées.

299. - (1) D.P., 1907.I.33. V° dans le même sens : Grenoble, 25 juillet 1893, D.P., 1896.I.580 ; Civ., 26 mars 1919, D.P., 1920.I.16.

(2) D.P., 1883.II.93.

« Considérant que la clause pénale étant la seule susceptible d'être rescindée pour cause de lésion, l'engagement doit être maintenu pour le surplus. »

La différence de solution lorsque la disposition litigieuse est une clause pénale est-elle justifiée ? Certes, l'article 1227 du Code civil prévoit que la nullité de la clause pénale n'entraîne pas celle du contrat lui-même (3). Cependant, dans la mesure où la solution précédente est justifiée, nous croyons que celle-ci ne l'est pas. La clause pénale n'est pas nulle ici en tant que telle, mais en tant que clause lésionnaire, au même titre que n'importe quelle autre clause de l'acte. Une clause pénale, prise isolément, n'est jamais lésionnaire (4). Elle ne l'est ici que parce qu'elle est incluse dans un contrat avec un mineur. C'est donc le contrat qui est lésionnaire, bien plus que la clause pénale.

Que faut-il penser de cette jurisprudence refusant d'annuler une clause isolée d'un contrat lésionnaire conclu par un mineur ? S'il s'agissait d'un cas ordinaire de lésion, nous ne pourrions que critiquer cette solution de la nullité intégrale. En effet, nous avons admis que la sanction naturelle de la lésion était la nullité partielle. Par conséquent, selon que l'engagement du mineur serait lésionnaire quant à un *quantum* stipulé : durée, prix, ou quant à une seule des clauses de l'acte, la sanction devrait normalement être la réduction ou la nullité de la clause litigieuse. Quoiqu'il en soit, l'argument invoqué par les arrêts précités, concernant l'indivisibilité de l'engagement du mineur, ne saurait être admis. Les contrats conclus par les mineurs ne possèdent certainement pas cette nature juridique particulière que les tribunaux ont relevée à propos du partage ou de la transaction. L'indivisibilité n'est invoquée ici que comme un prétexte. On voit mal pourquoi le même contrat serait indivisible s'il est conclu par un mineur et divisible s'il l'est par un majeur.

Il y a cependant deux particularités qui peuvent éventuellement justifier la nullité totale dans ce cas, mais qui n'ont aucun rapport avec la notion d'indivisibilité. Il faut, d'une part, se demander pourquoi un tel engagement est nul. Est-ce plutôt parce qu'il est le fait d'un incapable ou parce qu'il est lésionnaire ? La lésion est-elle le vice principal ou n'est-elle qu'une condition subsidiaire à laquelle la nullité pour incapacité est soumise ? Si l'engagement est nul pour incapacité, il ne peut l'être, dans cette hypothèse, que totalement, car la capacité du mineur de contracter n'est pas seulement limitée. Pour-

299. - (3) L'annotateur de l'arrêt précité invoque ce texte à l'appui de la solution adoptée par la Cour de Paris.

(4) Telle est, du moins, la situation en droit positif français. De nombreuses législations étrangères admettent la réductibilité du montant de la peine stipulée dans une clause pénale lorsque ce montant est excessif.

tant, si ce raisonnement est logique, il n'en heurte pas moins le bon sens. En pratique, la véritable cause de nullité n'est-elle pas la lésion, puisque, par hypothèse, l'acte aurait été inattaquable sans l'excès quantitatif ou sans la clause lésionnaire (5) ? Il y a là, une fois de plus, un seuil de rupture. La sanction nécessaire et suffisante serait, semble-t-il, la nullité partielle. Mais il y a, d'autre part, l'article 1305 qui stipule :

> « La simple lésion donne lieu à rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions. »

Sans doute, ce texte vise la nullité totale. Dans ces conditions, il semble que la jurisprudence puisse difficilement opter pour une nullité partielle, encore que, rescision et nullité étant synonymes, celle-là pourrait n'être que partielle. En un temps où les mineurs offrent un débouché commercial de plus en plus important, n'y aurait-il pas lieu d'opérer un revirement jurisprudentiel ou une réforme du texte dans le sens d'une nullité partielle, ce qui adapterait la sanction à la gravité du vice ?

300. — Alors que dans le cas de l'engagement lésionnaire du mineur la notion d'indivisibilité, dans la mesure où elle a été invoquée, l'a certainement été à tort, il est une autre hypothèse dans laquelle cette notion semble logiquement devoir emporter la nullité totale de l'acte, mais dans laquelle les tribunaux ont très souvent renoncé à l'invoquer et ont admis la nullité partielle. Il s'agit de l'échange. Ce contrat n'est-il pas, au même titre que le partage ou la transaction, indivisible par essence même, du moins en ce qui concerne les deux termes de l'échange ? Il semble *a priori* inconcevable que l'une des branches de l'échange puisse subsister sans l'autre, sans sa contre-prestation. La nullité totale paraît s'imposer ici avec autant d'évidence que lorsque l'objet ou le prix, dans une vente, est intégralement vicié. Et pourtant, la jurisprudence a admis la divisibilité dans le cas particulier de l'échange d'appartements ou, plus exactement, de l'échange du droit au bail de ces appartements. Ce sont donc des droits incorporels qui font l'objet d'un tel échange. Celui-ci peut d'ailleurs se faire en dehors du consentement des propriétaires respectifs des appartements, qui se voient ainsi imposer de nouveaux locataires. Cette possibilité tout à fait exorbitante du droit commun est offerte aux locataires par l'article 79 de la loi du 1er septembre 1948. Que se passe-t-il si l'opération est nulle parce que l'un des appartements ainsi échangés ou l'un des coéchangistes ne remplit pas les conditions requises par la loi ? Les deux hypothèses doivent être distinguées.

299. - (5) En ce sens : E. Gaudemet, Théorie générale des obligations, p. 159.

Cette possibilité est tellement exorbitante du droit commun, en particulier des droits du propriétaire, qu'elle ne vaut que pour les baux soumis à la loi du 1er septembre 1948. Quel sera alors le sort du contrat d'échange si l'un des baux n'est pas soumis au régime de cette loi ? La jurisprudence était divisée avant que le législateur ne tranche lui-même la question. Certaines décisions appliquaient distributivement les textes, considérant l'échange comme valable en ce qui concernait le bail soumis à la loi de 1948, comme nul pour ce qui était du bail soumis au droit commun (1). D'autres, partant du principe que l'échange est par nature même indivisible, adoptaient une solution contraire, annulant l'ensemble de l'opération (2). La chambre sociale a elle-même modifié sa jurisprudence en ce sens (3). C'est pourtant en faveur de la nullité partielle que le législateur semble s'être prononcé dans une loi du 4 août 1962 (4), modifiant l'article 79 de la loi du 1er septembre 1948 par addition à l'alinéa 2 du texte suivant :

« Le fait que l'un des locaux échangés n'est pas soumis à la présente loi ne peut être invoqué que par le propriétaire dudit local. »

D'après MM. Maus et Daujat (5), ce texte signifie que :

« Désormais un local échappant à la loi de 1948, en raison du lieu où il est situé, ou de sa nature, ou encore de la date de sa construction, peut faire l'objet d'un échange, au cas où son propriétaire n'y voit pas d'objection. Le propriétaire de l'autre local ne pourra, à l'appui de son opposition, faire valoir ce moyen. Dans cette mesure, l'échange cesse d'être indivisible (6). »

300. - (1) Cf. T.C. Seine, 15 juillet 1949, Rev. Loyers, 1949, p. 710 ; T.C. Versailles, 20 décembre 1950, Rev. Loyers, 1951, p. 322 ; Soc., 27 novembre 1953, Bull., 1953.IV, n° 753, p. 540, J.C.P., 1954.IV, p. 39.

(2) Cf. T.C. Seine, 15 janvier 1949, D. 1949, p. 298 ; T.C. Seine, 14 novembre 1950, G.P., 1951.I.25, Rev. Loyers, 1951, p. 64 ; Paris, 20 janvier 1953, Rev. Loyers, 1953, p. 195, J.C.P., 1953, n° 7503 ; Paris, 29 janvier 1955, Rev. Loyers, 1955, p. 264.

(3) Soc., 5 décembre 1957, J.C.P., 1958, n° 10397, note J.G.L., G.P., 1958.I.90, Rev. Loyers, 1958, p. 82 ; Soc., 15 juin 1960, Bull. 1960.IV, n° 618, p. 481.

(4) Art. 18 : cf. le commentaire de la loi par MM. Maus et Daujat au D. 1963, Lég., pp. 129 ss., en particulier p. 137.

(5) D. 1963, Lég., p. 137.

(6) Ce texte pourrait, nous semble-t-il, être interprété différemment, dans un sens dans lequel il ne constitue pas une exception à l'indivisibilité de l'échange. Littéralement, il est interdit seulement au propriétaire du local soumis à la loi de 1948 de se prévaloir du vice infectant l'acte. L'autre propriétaire seul peut agir. Mais le texte tel qu'il est rédigé ne dit pas si, dans cette dernière hypothèse, l'échange subsistera ou non vis-à-vis du propriétaire auquel l'action était refusée. Interprété ainsi, il constitue une mise en œuvre, en notre matière, de la notion de bonne foi. Seul le propriétaire du local non soumis à la loi peut, de bonne foi, invoquer ce vice, Sur le rôle de la notion de bonne foi en notre matière, cf. *infra*, n°s 383 ss.

Même si les conditions exigées par la loi sont remplies en ce qui concerne les droits aux baux échangés, il arrive que cette possibilité offerte par la loi soit utilisée de façon frauduleuse, pour dissimuler des sous-locations ou des cessions de bail prohibées. Si les deux coéchangistes sont complices dans la fraude, l'opération ne peut qu'être intégralement annulée. Mais il se peut aussi que l'un d'eux soit parfaitement de bonne foi. L'échange sera-t-il alors nul pour le tout ou seulement vis-à-vis du coéchangiste de mauvaise foi ? Là encore, certains arrêts ont opté pour la nullité partielle, essentiellement pour des raisons d'équité.

> « Considérant au surplus, dit un arrêt de la Cour de Paris du 3 janvier 1955 (7), qu'à supposer même que dame K. n'ait pas eu l'intention d'occuper son nouvel appartement, il n'est pas allégué, et encore moins démontré, que D. ait eu connaissance de cette intention ; qu'ainsi l'hypothèse d'une collusion frauduleuse entre les coéchangistes étant écartée, on ne saurait faire supporter à D. les agissements de dame K... »

C'est cependant la solution contraire, moins équitable, mais d'une logique juridique irréprochable, qui l'a emporté. La formule suivante est devenue quasiment de style dans les arrêts :

> « Attendu que l'échange constitue un tout indivisible et que l'on ne peut le considérer comme licite et valable pour l'un des coéchangistes et comme nul pour l'autre » (8).

De fait, il semble bien que le législateur seul pourrait autoriser le maintien partiel de l'opération, ce maintien étant exorbitant du droit commun des nullités. Mais, dans ce cas particulier, cette solution serait souhaitable, car l'échangiste de bonne foi subit le contrecoup de la fraude de son cocontractant. L'exception à l'indivisibilité serait ici tout aussi justifiée que dans le cas précédent, où elle semble effectivement avoir été admise.

300. - (7) G.P., 1955.I.270, en sous-note. V°, dans le même sens : Soc., 27 novembre 1953, Bull., 1953.IV, n° 752, p. 539 ; T.C. Nice, 8 février 1956, G.P., 1956.I, table, *v°* Bail, n°s 572 ss. ; Paris, 6 novembre 1956, D. 1957, p. 62.

(8) Soc., 8 octobre 1959, D. 1960, Somm., p. 2, Bull., 1959.IV, n° 952, p. 759. V° dans le même sens : Soc., 17 octobre 1957, J.C.P., 1957, n° 10306 ; Soc., 14 février 1958, Bull., 1958.IV, n° 249, p. 181 ; Soc., 16 mai 1958, J.C.P., 1958.IV, p. 148, G.P., 1958.II.65 ; Soc., 18 juin 1959, Bull., 1959.IV, n° 753, p. 606, D. 1959, p. 528, S. 1959, p. 221. ; Soc., 18 mai 1960, Bull., 1960.IV, n° 512, p. 399 ; Soc., 21 juin 1966, Bull., 1966.IV, n° 631, p. 525, D. 1967, Somm., p. 21 ; Soc., 13 novembre 1967, Bull., 1967.IV, n° 715, p. 605.

3) Signification de l'indivisibilité objective dans ses deux aspects.

301. — Quelles conclusions peut-on tirer de cette étude des deux aspects de l'indivisibilité objective, tels qu'ils sont mis en œuvre par les tribunaux ? Plus précisément, cette indivisibilité purement matérielle et celle tenant à la nature de certains contrats constituent-elles des concepts juridiques originaux ?

S'agissant de l'indivisibilité matérielle, il semble effectivement qu'elle exprime une réalité et réponde à un besoin. Aucun autre concept existant ne pourrait jouer le même rôle. Mais ce rôle est tout à fait élémentaire : il s'agit d'une pure constatation de fait. Ce concept d'indivisibilité n'a donc qu'un contenu juridique extrêmement limité.

Quant à l'indivisibilité tenant à la nature des conventions, ne s'agit-il pas tout simplement du fait qu'un acte juridique ne peut être maintenu lorsqu'un élément essentiel lui fait défaut, cette constatation étant seulement plus ou moins évidente selon les hypothèses ? Nous avons déjà observé, par exemple, que si l'échange est « indivisible », c'est au même titre qu'une vente privée de son objet ou du prix. La seule particularité réside dans le fait que dans certains contrats tout est essentiel et dans d'autres non. Une vente ne peut subsister pour le vendeur, alors qu'elle est nulle pour l'acheteur, pour illicéité de l'objet acheté par exemple. Personne ne songe à parler d'indivisibilité dans cette dernière hypothèse. C'est très exactement pour la même raison qu'un échange ou un partage ne peut être maintenu par rapport à l'une ou à quelques-unes des parties à l'acte. Donc, cette prétendue notion d'indivisibilité tenant à la nature de certaines conventions ne présente aucune originalité. Elle exprime simplement l'interdépendance des prestations dans le contrat synallagmatique. Si son utilisation ne présente ici aucun inconvénient pratique, elle est cependant critiquable car elle pourrait faire croire qu'il y a des contrats indivisibles et d'autres qui ne le sont pas, alors qu'il n'en est rien. Voilà, nous semble-t-il, une utilisation abusive en même temps qu'inutile de la notion d'indivisibilité.

Cependant, si l'usage du terme d'indivisibilité est inopportun dans ce cas, l'idée qu'il exprime correspond à un problème réel, dont il convient de relever l'incidence en notre matière. Nous avons déjà eu l'occasion de faire remarquer que lorsqu'un acte est atteint d'un vice, c'est en réalité toujours seulement un élément de cet acte qui est vicié (1). Cela ne signifie pas, pour autant, qu'un problème d'étendue de la nullité se pose chaque fois. Lorsque l'élément vicié est essentiel à l'acte, en ce sens que, sans lui, l'acte est informe et non

301. - (1) Cf. *supra*, n° 254.

viable, c'est la nullité totale qui doit intervenir. Mais souvent ce problème ne se pose pas parce que sa réponse est évidente. Parfois, cependant, elle l'est moins. C'est dans ces hypothèses que les tribunaux ont fait apppel, pour certains actes, au concept d'indivisibilité. En soi, le raisonnement n'est pas inexact. Le concept d'indivisibilité objective peut effectivement exprimer ce caractère essentiel de certains éléments à la viabilité d'un acte. Mais alors il doit être utilisé dans toutes les hypothèses et non pas seulement pour certains actes. Il nous semble préférable pourtant de renoncer à cet usage du concept d'indivisibilité, qui possède tellement de significations diverses qu'il vaut mieux n'y recourir que le moins possible. En notre hypothèse, on pourrait aisément se dispenser de son intervention. Il n'en reste pas moins que le problème qu'il sert à résoudre est réel et apparaît virtuellement chaque fois qu'il est question d'étendue de la nullité. Il constitue, au même titre que le problème de la divisibilité purement matérielle précédemment examiné (2), une première étape dans le raisonnement relatif à l'étendue de la nullité. Ce n'est qu'une fois qu'il est admis que l'élément vicié n'est pas essentiel à l'existence même de l'acte qu'il y a lieu de s'interroger sur la divisibilité subjective, seconde étape du raisonnement. Cet enchaînement des problèmes à résoudre pour déterminer l'étendue de la nullité ne se trouve que rarement exprimé dans les arrêts, parce que tantôt l'un, tantôt l'autre ne se pose pas en fait. Un arrêt de la Chambre civile du 20 mars 1929 en constitue cependant une excellente illustration. Les deux étapes du raisonnement y sont parfaitement mises en évidence (3).

C'est précisément la seconde étape, c'est-à-dire le problème de l'indivisibilité subjective, qu'il faut examiner maintenant.

§ 2. — L'indivisibilité subjective.

302. — Une fois qu'il est établi si l'acte est matériellement divisible ou non et si, amputé de la clause ou de la partie nulle, il est encore viable (1), il y a lieu de se demander si ce sont là les critères définitifs de l'étendue de la nullité. Nous savons déjà qu'il n'en est rien. Mais si les textes, tels qu'ils sont interprétés par la jurisprudence, ont fourni des solutions plus ou moins satisfaisantes pour les cas de nullité des stipulations accessoires ou complémentaires des

301. - (2) Cf. en particulier *supra*, n° 297.
(3) D.P., 1930.I.13, note VOIRIN. V° l'attendu principal cité *supra* au n° 297.

302. - (1) Telle est l'idée qu'exprime la prétendue indivisibilité tenant à la nature des contrats et qui est en réalité commune à tous les actes juridiques.

actes juridiques « simples », en matière d'actes juridiques « complexes », en revanche, la jurisprudence s'est trouvée entièrement livrée à elle-même. Pour combler cette lacune, elle a, sinon créé, du moins appliqué dans cette hypothèse la notion d'indivisibilité subjective. Celle-ci n'a de commun avec la précédente que le nom. Nous examinerons successivement le contenu de la notion d'indivisibilité subjective et l'usage qu'en fait la jurisprudence.

1) Le contenu de la notion d'indivisibilité subjective.

303. — Il est une acception simpliste qu'il faut écarter d'emblée. Quelques auteurs isolés (1) ont prétendu que si les parties ont inclu dans un acte un certain nombre de clauses, c'est qu'elles les ont considérées comme importantes. Dans un tel système tout acte juridique instrumentaire serait automatiquement indivisible et il n'appartiendrait pas au juge de le modifier en supprimant telle clause ou partie. Ce n'était là, en réalité, qu'une vue de l'esprit qui ne tenait aucun compte des réalités. Dans son principe, cette opinion était manifestement contraire à l'intention des parties. C'est en matière de contrat de mariage que cette idée a eu quelque emprise sur la jurisprudence (2). On ne s'en étonne plus lorsqu'on sait qu'à l'époque où la Cour de cassation l'a admise pour la première fois, c'est précisément Troplong qui remplissait les fonctions de premier président. Ce n'est d'ailleurs pas pour en prononcer la nullité intégrale, bien au contraire, que la Cour suprême a appliqué la notion d'indivisibilité au contrat de mariage (3). Un tel contrat n'a jamais, à notre connaissance, été annulé intégralement pour indivisibilité de ses dispositions (4).

La jurisprudence a, en revanche, fait un large usage d'une notion d'indivisibilité plus élaborée, pour annuler totalement, dans certaines circonstances — et non pas automatiquement comme dans l'opinion précédente —, des actes juridiques. C'est ainsi que la Cour de Colmar, dans un arrêt du 23 mars 1863 (5), constate :

> « que, dans l'intention des parties, ces stipulations diverses se rattachaient au contraire intimement entre elles... » qu'elles formaient un ensemble indivisible ; que la nullité des premières invalide conséquemment les autres. »

Quelques arrêts récents de la Cour de cassation sont très nettement dans le même sens (6). La constatation de l'indivisibilité est,

303. - (1) Cf. surtout Troplong, Du contrat de mariage, t. I, n° 298.
(2) Cf. *supra*, n° 138.
(3) Cf. sur cette jurisprudence *supra*, n° 138, et les références en note 2.
(4) Sur l'applicabilité même du concept d'indivisibilité en matière de contrat de mariage, cf. *supra*, n° 140.
(5) D.P., 1863.II.113.
(6) Cf. Civ., 2 juillet 1958, Bull., 1958.I, n° 352, p. 284 ; Soc., 5 mars 1959, Bull., 1959.IV, n° 333, p. 274 ; Civ., 27 novembre 1963, Bull., 1963.I,

d'ailleurs, une question de fait que la Cour suprême laisse à l'appréciation souveraine des juges du fond (7), tout en précisant, cependant, que cette indivisibilité « ne saurait résulter que de la volonté des parties... » (8). Très justement, la Cour suprême contrôle la teneur du concept qui sert de critère à la détermination de l'étendue de la nullité, ce qui est incontestablement une question de droit, mais son usage même est de la compétence exclusive des juges du fond. Selon les termes exprès de la Cour de cassation, la notion d'indivisibilité subjective est donc une application du principe d'autonomie de la volonté.

304. — Par là se trouve écartée une opinion soutenue par Barathon (1) tout au long de son ouvrage sur la divisibilité du contrat de mariage. Selon lui, cette jurisprudence appliquant la notion d'indivisibilité, ainsi d'ailleurs que celle concernant l'interprétation des articles 900 et 1172, ne serait pas fondée sur l'interprétation de la volonté des parties.

> « Il semble, dit-il (2), qu'... on doive considérer comme logique que la volonté des parties, après avoir présidé à la formation de l'acte, se trouve dessaisie lorsque cet acte est conclu. Désormais elle doit être sans empire sur lui, puisque aussi bien elle ne saurait être efficace que si elle est commune aux deux parties, et qu'il est contradictoire d'admettre que les parties sont demeurées pleinement d'accord quand les difficultés s'élèvent postérieurement à l'acte... Il est enfin certain que dans cette recherche que l'on pourrait faire de l'intention probable des parties..., on serait forcément amené à substituer sa propre volonté à celle des contractants. Or cette volonté tiendra fatalement compte de considérations purement objectives de nature à frapper l'attention. Elle dégagera certains éléments objectifs sur lesquels la décision sera basée. Ce sont précisément ces éléments qu'il convient de substituer à la recherche problématique de l'intention des parties. »

Ces éléments objectifs sont, pour l'auteur, l'idée de cause, au sens classique du terme, c'est-à-dire au sens d'équilibre économique, d'équivalence objective, et l'idée d'utilité (3). A l'appui de sa thèse, qui tend, par conséquent, à nier tout contenu subjectif à la notion d'indivisibilité, l'auteur invoque un certain nombre d'arrêts. En réalité, l'interprétation qu'il en donne est discutable. Il cite (4), par exemple,

n° 520, p. 436 ; Civ., 9 mars 1964, Bull., 1964.I, n° 134, p. 99. V° également Civ. 19 février 1929, S. 1929.I.270.

303. - (7) Cf. les références précitées.
(8) Cf. Civ., 16 juillet 1951, Bull., 1951.I, n° 223, p. 173. V° également, outre les références précitées, Civ., 26 juin 1963, Bull., 1963.I, n° 347, p. 296.

304. - (1) *Op. cit.*
(2) *Op. cit.*, pp. 59-60. V° également : pp. 38, 57, 89-90.
(3) *Op. cit.*, pp. 60, 90, 112-113, 125, 129.
(4) *Op. cit.*, p. 139.

l'arrêt de la Chambre civile du 30 novembre 1908 (5) qui rejette l'indivisibilité du contrat de mariage comme n'existant ni en droit, ni en fait :

> « parce que les autres stipulations du contrat n'en auraient pas moins conservé toute leur utilité au cas où la disposition litigieuse n'y aurait pas été insérée ; »

En fait, d'après les termes mêmes de l'arrêt, ce passage signifie simplement qu'il n'existe pas une indivisibilité en quelque sorte naturelle du contrat de mariage. Cette formule n'est qu'une constatation de principe de la divisibilité ; elle ne contient aucun critère de sa mise en œuvre.

Ce raisonnement de Barathon, qui tend à supprimer toute recherche d'intention postérieurement à la conclusion d'un acte juridique, est expressément rejeté par les arrêts récents de la Cour suprême, qui précisent, au contraire, que l'indivisibilité « ne saurait résulter que de la volonté des parties » (6), ainsi que par toute la jurisprudence relative à l'application des notions de cause et de condition impulsive et déterminante.

Certes, Barathon n'a pas entièrement tort lorsqu'il s'élève contre la recherche de prétendues volontés présumées. Il est souvent illusoire, en effet, de vouloir rechercher une volonté des parties qui n'existe pas, pour la simple raison que celles-ci ne prévoient généralement pas les difficultés que leurs conventions peuvent soulever. Il ne faut cependant pas en conclure pour autant que, sous couvert de volonté présumée, le juge substitue sa propre volonté à celle des parties ou qu'il se fonde sur des critères exclusivement objectifs. Car le juge devra se prononcer, finalement, non pas en fonction de ce que les parties ONT réellement voulu, mais en fonction de ce qu'elles AURAIENT voulu si elles avaient connu le vice (7). Un certain nombre d'éléments objectifs entreront presque toujours dans une telle recherche d'intention, mais seulement à titre subsidiaire ou complémentaire, s'il n'y a pas suffisamment d'indices subjectifs permettant d'aboutir à une solution.

305. — Pour la jurisprudence, la notion d'indivisibilité subjective est donc incontestablement une simple mise en œuvre du principe d'autonomie de la volonté. Il résulte de cette constatation que ce concept d'indivisibilité subjective ne constitue pas une notion juridique autonome et spécifique. La meilleure preuve que ce concept n'a pas de signification propre peut être trouvée dans le fait que les

304. - (5) D.P., 1909.I.418.

(6) Civ., 16 juillet 1951, Bull., 1951.I, n° 223, p. 173 et, *supra*, les références et renvois de la note 8 n° 303.

(7) Sur le contenu du critère fondé sur l'intention des parties, *v° infra*, n°s 377 ss.

tribunaux, qui ont appliqué l'idée dont il relève, n'ont pas toujours utilisé les termes mêmes de divisibilité ou d'indivisibilité. C'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre civile du 9 mars 1964 (1) se contente de constater que les deux conventions « constituent un tout ». Un autre arrêt de la même Chambre du 2 juillet 1958 (2) admet que la nullité totale doit être prononcée :

> « lorsque dans l'intention des parties toutes les stipulations d'un contrat sont intimement liées entre elles... »

Il faut donc bien se garder d'attacher, en ce domaine, plus d'importance aux termes qu'ils n'en ont (3).

2) L'usage jurisprudentiel de la notion d'indivisibilité subjective. Le cas particulier de la donation-achat et de la vente-donation.

306. — L'indivisibilité subjective n'étant qu'un corollaire du principe d'autonomie de la volonté, il n'est pas étonnant que son champ d'application soit infiniment plus vaste que le seul problème de l'étendue de la nullité. Mais c'est l'usage qu'en a fait la jurisprudence dans cette matière qui nous intéresse exclusivement. En réalité, cette question ne retiendra plus guère notre attention. C'est pour déterminer l'étendue de la nullité des actes « complexes » que les tribunaux ont mis en œuvre la notion d'indivisibilité subjective. Nous en avons examiné précédemment les principales applications (1). Tout au plus y a-t-il lieu de mentionner une fois encore que la même notion d'indivisibilité est appliquée par la jurisprudence, en matière de nullité, non seulement aux actes « complexes » proprement dits, mais également aux actes matériellement distincts et qui sont subjectivement indivisibles (2).

307. — C'est précisément dans ce dernier domaine que la jurisprudence a, selon certains auteurs (1), commis des abus dans l'usage de la notion d'indivisibilité. Il s'agit essentiellement du problème de l'étendue de la nullité de deux combinaisons : la donation-achat et la

305. - (1) Bull., 1964.I, n° 134, p. 99. V° également Civ., 27 novembre 1963, Bull., 1963.I, n° 520, p. 436.
(2) Bull., 1958.I, n° 352, p. 284.
(3) Rappr. : la souplesse dans les formules utilisées, relevée à propos de l'article 1172 dans les actes « simples », *supra*, n° 281.

306. - (1) Cf. *supra*, I^re^ partie, n^os^ 131 à 173.
(2) Cf. *supra*, n^os^ 167 ss.

307. - (1) Cf. J. Boulanger, article précité, R.T.D.Civ., 1950, pp. 1 ss. V° également : Hubert, chronique précitée, J.C.P., 1944, n° 414 ; Terré, *op. cit.*, pp. 374 ss.

vente-donation (2), dont nous avons déjà exposé le mécanisme (3). Ces opérations se caractérisent par le fait qu'elles comportent toujours un déguisement. Ce ne sont pourtant pas de simples donations déguisées. Il y a, dans les deux cas, un don manuel et une vente réelle : dans la donation-achat il y a remise de fonds destinés à permettre au donataire d'acquérir un bien ; dans la vente-donation il y a aliénation d'un bien et remise au donataire du prix obtenu. Le lien entre les deux opérations réside dans le fait que l'objet de l'une des obligations résultant de la vente constitue en même temps, dans l'esprit des parties du moins, l'objet de la donation. Il est évident que le recours à de telles combinaisons obéit aux mêmes motifs et présente les mêmes intérêts que la réalisation de donations déguisées. Le procédé technique est simplement plus raffiné, plus ingénieux. Mais précisément, ce moyen technique, qui implique nécessairement l'intervention d'une tierce personne, aura des répercussions originales sur la sanction appliquée en cas de fraude.

Objectivement, seul l'élément-donation est, le cas échéant, vicié. Mais dans l'esprit des parties, du moins des parties à la donation, il n'y a incontestablement qu'une seule opération, réalisée en deux temps. La notion d'indivisibilité subjective devrait donc entraîner la nullité intégrale. Mais alors le tiers, acheteur ou vendeur du bien — généralement un immeuble —, ne sera-t-il pas la victime de la machination du donateur et de son donataire ? Le *statu quo ante* étant rétabli, ceux-ci n'auraient plus qu'à inventer un procédé plus efficace pour réaliser la même fraude. Pour éviter un tel résultat, on aurait pu songer à écarter, dans ce cas, les conséquences de l'indivisibilité subjective et à n'annuler que le seul élément-donation, en obligeant le donataire à payer au donateur le prix de l'immeuble en cas de donation-achat ou à rembourser la somme reçue en cas de vente-donation. Mais pour diverses raisons, cette solution n'est pas satisfaisante, la sanction n'atteignant pas son but. Aussi est-ce une solution moyenne que les tribunaux ont adoptée, afin de rendre la sanction la plus efficace possible, en la fondant sur l'idée d'indivisibilité. Mais cette notion est, cette fois, appliquée de façon originale : la jurisprudence fait en quelque sorte abstraction du tiers-vendeur ou acheteur. C'est seulement dans les rapports entre donateur et donataire qu'elle considère l'opération comme indivisible. Ainsi, par une sorte de « contrac-

307. - (2) On pourrait citer, comme autre exemple d'abus de la notion d'indivisibilité, la thèse de TROPLONG sur l'indivisibilité du contrat de mariage et les applications qu'en a faites la jurisprudence : cf. *supra*, n° 138. Mais cette hypothèse ne présente plus aucun intérêt à l'heure actuelle.

(3) Cf. *supra*, n° 172.

tion » (4), elle considère que ce qui a été donné, ce n'est pas la somme d'argent, mais l'immeuble lui-même. Et c'est cet immeuble qui fera retour au patrimoine du donateur (5). En pratique, dans la donation-achat, le donateur devient ainsi propriétaire malgré lui d'un immeuble. Il n'a, en effet, donné qu'une somme d'argent. La vente subsiste, mais avec substitution d'un acquéreur à un autre (6). Dans la vente-donation c'est également l'immeuble qui est considéré comme ayant été donné, alors que le donataire n'a, en fait, reçu qu'une somme d'argent (7). Mais, cette fois, c'est d'une véritable annulation totale qu'il s'agit puisque le tiers-acquéreur de l'immeuble est évincé.

308. — Ces solutions sont, certes, satisfaisantes en pratique, puisqu'elles assurent au maximum la protection de ceux dont la donation lésait les intérêts. Mais la notion d'indivisibilité, sur laquelle les tribunaux les fondent, permet-elle de les justifier ? C'est ce que conteste

307. - (4) Le terme est de M. Voirin. Cf. notamment : notes au J.C.P., 1941, n° 1727, J.C.P., 1947, n° 3719 ; J.C.P., 1949, éd. N., n° 5196 ; D. 1968, p. 587.

(5) Une loi du 28 décembre 1967 a introduit dans le Code civil un article 1099-1 qui tend à éviter cet effet lorsque la donation des deniers est faite entre époux :

« la donation n'est que des deniers et non du bien auquel ils sont employés.

« En ce cas les droits du donateur ou de ses héritiers n'ont pour objet qu'une somme d'argent... »

Le texte semble donc écarter l'indivisibilité entre les deux opérations. Pourtant il ajoute que, pour déterminer ces droits, il faut tenir compte de :

« la valeur actuelle du bien. Si le bien a été aliéné, on considère la valeur qu'il avait au jour de l'aliénation, et si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, la valeur de ce nouveau bien ».

Un lien entre les deux opérations est donc maintenu, mais il est difficile d'en déterminer la nature. Nous serions tenté de parler d' « indivisibilité en valeur ». Seule l'équité peut justifier un tel résultat. V°, au sujet de ce texte, la note précitée de M. Voirin au D. 1968, p. 587, ainsi que la chronique de M. Lecourt, Les donations déguisées entre époux après la loi du 28 décembre 1968, au J.C.P., 1968, n° 2139.

(6) Cf. Civ., 30 avril 1941, D.C., 1942, p. 6, note M. N., J.C.P., 1941, n° 1727, note Voirin ; Bordeaux, 9 juillet 1942, J.C.P., 1943, n° 2112, note Carbonnier ; Req., 18 février 1947, J.C.P., 1947, n° 3719, note Voirin ; T.C. Seine, 6 février 1948, J.C.P., 1949, éd. N., n° 5196, note Voirin ; Orléans, 13 octobre 1948, G.P., 1949.I.28 ; Civ., 22 mai 1951, D. 1951, p. 771, J.C.P., 1951, n° 6416, note Cavarroc ; Civ., 30 mai 1951, D. 1951, p. 617, note Lenoan ; Civ., 7 juin 1955, Bull., 1955.I, n° 234, p. 200 ; Civ., 10 octobre 1955, Bull., 1955.I, n° 328, p. 272 ; Civ., 26 février 1968, D. 1968, p. 587, note Voirin. *Contra :* un arrêt ancien de la Ch. Civ. du 13 janvier 1897, D.P., 1897.I.273, note Sarrut, qui admet la divisibilité des deux opérations et en tire la conclusion logique : nullité de la donation, validité de la vente telle qu'elle a été réalisée.

(7) Cf. Req., 11 mars 1862, D.P., 1862.I.277, S. 1862.I.401 ; Civ., 23 mai 1882, S. 1883.I.72.

le professeur Boulanger (1). Examinons successivement les deux hypothèses.

En cas de vente-donation, l'aliénation n'est qu'un moyen de réaliser la libéralité. Les tribunaux en concluent que :

> « ce n'est plus le prix, c'est l'immeuble lui-même qui a été donné, en sorte qu'en cas d'annulation..., c'est l'immeuble qui reviendra dans le patrimoine du donateur » (2).

En fait, il y a donc anéantissement de la vente en même temps que de la donation. M. Boulanger estime, pourtant, qu'il ne s'agit pas là d'une annulation de la vente par répercussion de la nullité de la donation :

> « L'indivisibilité ne va pas toutefois jusqu'à entraîner la condamnation de la vente elle-même : si une question de restitution de prix est posée, c'est parce que l'acquéreur est évincé (3). »

Nous ne voyons pas pourquoi cet auteur pense que ce n'est pas l'indivisibilité qui permet de justifier cet anéantissement de la vente, qu'il approuve par ailleurs. Dans l'intention des parties les deux opérations sont effectivement liées. L'effet normal de l'indivisibilité subjective c'est bien la nullité totale des diverses opérations. Il nous semble donc qu'on ne puisse pas parler ici d'abus de la notion d'indivisibilité.

Les critiques paraissent, au contraire, pertinentes dans l'hypothèse de la donation-achat. En effet, la jurisprudence estime que les deux opérations : donation des derniers et acquisition de l'immeuble, sont indivisibles, au point de ne former qu'une seule convention dans laquelle le bien acquis devient le véritable objet de la donation. Et pourtant, elle ne tire pas de cette indivisibilité la conclusion à laquelle on aurait pu s'attendre, à savoir la nullité des deux opérations. Bien au contraire, elle maintient l'achat de l'immeuble, mais en substituant le donateur au donataire en qualité d'acquéreur. Ainsi, la nullité de la donation fera rentrer dans le patrimoine du donateur non pas la somme donnée, mais l'immeuble acquis. Il y a là, effectivement, une contradiction dans l'application de la notion d'indivisibilité. Celle-ci sert, cette fois, non à déterminer l'étendue de la nullité, mais à substituer à l'acquéreur ostensible le donateur. Pourtant, la solution est, sur le plan pratique, satisfaisante. D'une part, elle constitue une analyse psychologique de la situation assez proche de la réalité. D'autre part, elle évite de remettre en cause une vente, dont la nullité porterait préjudice à un vendeur de bonne foi ou présumé

308. - (1) Article précité, en particulier, pp. 9 ss.
(2) BOULANGER, article précité, p. 10.
(3) Article précité, *loc. cit.*

tel. Enfin, la restitution du bien acquis par le donataire donne la plus large satisfaction possible à ceux que la donation pouvait léser.

309. — Diverses explications de cette jurisprudence ont été proposées par les auteurs (1). Mais aucune ne paraît pleinement satisfaisante. Il nous semble, pourtant, qu'il est possible de trouver une justification valable de cette jurisprudence concernant la donation-achat. Le point de départ, peut être trouvé, croyons-nous, dans une idée émise par M. le doyen Voirin, qui qualifie de « contraction » ce phénomène de réunion d'une donation et d'une vente (2). N'y aurait-il pas lieu, alors, de considérer l'ensemble comme une opération juridique UNIQUE entre trois parties : le donateur, le donataire et le vendeur, au lieu d'y voir deux opérations indépendantes objectivement, mais indivisibles subjectivement ? Rien n'interdit de telles combinaisons (3). Cette idée se trouve d'ailleurs également, en germe, dans l'ouvrage de M. Terré (4) :

> « Il ne faut plus s'étonner que l'obligation du donateur change d'objet et, au lieu de porter sur les deniers remis au gratifié, ait pour objet l'immeuble acquis grâce à eux. Lorsque les parties ont prévu la donation, leur volonté a envisagé, par anticipation pourrait-on dire, l'immeuble qui sera acheté. Il n'y a là rien d'étonnant. Le même bien est envisagé en fonction de son appartenance actuelle, en ce qui concerne le contrat passé avec le tiers, en fonction de son appartenance future dans les rapports entre parties. Ce résultat s'explique sans qu'il soit nécessaire de faire appel à la notion d'indivisibilité. »

Par conséquent, ce n'est pas « indivisibilité » qu'il eût fallu dire, mais « unité ». Un arrêt de la Chambre civile du 7 juin 1955 (5) dit, d'ailleurs :

> « que c'est, dès lors, par une juste application du texte susvisé (art. 1099, al. 2) que la Cour d'appel, se fondant en outre sur la commune intention des parties,... déclare d'une part qu'il y a UNITÉ et indivisibilité des deux opérations..., d'autre part que la donation était déguisée et portait non sur le numéraire, mais sur l'immeuble lui-même... »

309. - (1) V° les références précitées en note 1 n° 307.
(2) Notes au J.C.P., 1941, n° 1727, 1947, n° 3719 et 1949, éd. N., n° 5196.
(3) Rappr. Civ., 8 juillet 1957, Bull., 1957.I, n° 313, p. 249, analysé *supra*, note 1 n° 158 : actes matériellement distincts et apparemment autonomes, mais qui, en fait, constituaient une opération unique. Là aussi, la simple indivisibilité eût condamné l'opération tout entière, alors que l'unicité la sauve.
(4) *Op. cit.*, p. 385. V° également p. 402. Dans le même sens : HUBERT, article précité au J.C.P., 1944, n° 414.
(5) Bull., 1955.I, n° 234, p. 200.

Si l'on fait abstraction dans cet arrêt, du terme « indivisibilité », en ne maintenant que celui d'« unité », est-il encore critiquable (6) ? Il ne nous reste plus qu'à vérifier, précisément, si cette qualification ne se heurte pas à des obstacles majeurs et si elle est compatible avec la sanction appliquée par les tribunaux. Le fait, tout d'abord, que le vendeur ne connaît, le cas échéant, que le donataire est-il un obstacle à l'admission de cette explication ? Nous ne le croyons pas. La stipulation pour autrui fournit d'autres exemples d'actes tripartites dans lesquels les trois intéressés ne se connaissent pas nécessairement. Quant à la sanction appliquée par la jurisprudence, elle devient alors un véritable cas de nullité partielle. La nullité ne vicie l'acte que vis-à-vis de l'une des parties, sans qu'il disparaisse vis-à-vis des deux autres, comme cela peut se produire en matière de stipulation pour autrui (7). Et comme le donateur a voulu, en réalité, donner l'immeuble, la donation des deniers n'ayant été qu'un moyen de réaliser ce but, il est normal que ce soit cet immeuble qui revienne dans son patrimoine, comme s'il l'avait lui-même acquis avant de le donner (8)

Dans l'hypothèse de la donation-achat, l'utilisation de la notion d'indivisibilité paraît donc effectivement abusive. Il s'agit, en réalité, d'un cas original de nullité par rapport à l'une des parties d'un acte tripartite. Mais si la donation-achat doit être analysée comme un acte unitaire entre trois parties et non comme une juxtaposition d'une donation et d'une vente, la vente-donation doit très certainement être soumise à la même qualification. Du même coup, l'utilisation de la notion d'indivisibilité devient inopportune dans cette opération également. Si, en matière de vente-donation, la sanction finale est la nullité totale, ce n'est pas parce qu'il y a indivisibilité entre une vente et une donation, mais parce que la nullité de l'acte vis-à-vis du seul donataire serait une sanction incomplète : la protection des tiers lésés exige l'annulation totale de l'acte. Donc les deux combinaisons peuvent, dans notre explication, être soumises au même régime d'actes unitaires conclus entre trois parties, mais dans l'un des cas la nullité partielle est une sanction suffisante, dans l'autre non.

309. - (6) Les deux termes sont d'ailleurs contradictoires. Lorsqu'il y a indivisibilité, il y a nécessairement dualité.

(7) Ainsi, si la désignation du bénéficiaire d'une assurance sur la vie est annulée, le contrat entre le souscripteur et l'assureur subsiste, au profit, le cas échéant, de ses héritiers.

(8) Pour le cas de la donation-achat entre époux, cf. l'article 1099-1 nouveau du Code civil et, *supra*, la note 2 n° 307.

3) Appréciation critique de l'utilisation du concept d'indivisibilité subjective comme critère de l'étendue de la nullité.

310. — Abstraction faite de ces deux hypothèses particulières dans lesquelles l'utilisation de la notion d'indivisibilité subjective paraît très contestable, il y a lieu de se demander s'il ne vaudrait pas mieux renoncer, de façon générale, à faire usage du terme d'indivisibilité pour caractériser cette mise en œuvre du principe d'autonomie, puisque aussi bien ce n'est que de cela qu'il s'agit. Certes, l'expression est commode par sa brièveté. Sans doute ne pourrait-on la remplacer que par des périphrases moins élégantes. Mais ne gagnerait-on pas en clarté ce que l'on perdrait en concision ? Du fait de ses multiples usages, en dehors et — nous venons de le voir — même à l'intérieur de la matière des nullités, la notion d'indivisibilité est devenue tellement confuse qu'il est préférable de l'employer le moins possible.

Mais ce simple souci de clarté du raisonnement ne constitue pas la seule critique que l'on puisse adresser à l'utilisation du concept d'indivisibilité subjective en tant que critère de l'étendue de la nullité. Il nous semble, en effet, que ce concept ne convient pas toujours pour exprimer la situation réelle. La notion d'indivisibilité suggère l'existence d'un lien à la fois indissoluble et RÉCIPROQUE entre deux éléments. Or, en matière d'actes « complexes », le lien existant entre les différentes opérations composantes n'est pas toujours réciproque. Souvent l'une des opérations revêt un caractère accessoire par rapport à l'autre. Dans ce cas, on ne peut pas dire qu'elles sont indivisibles. En supposant que l'opération accessoire n'ait pas été conclue sans la principale, la nullité de cette dernière doit entraîner l'anéantissement de la première. Mais l'inverse n'est pas exact. Et pourtant la jurisprudence fait de la notion d'indivisibilité subjective le critère de principe de l'étendue de la nullité des actes « complexes ». Ainsi, l'application de la notion d'indivisibilité peut paraître correcte en matière de libéralités conjonctives et réciproques, abstraction faite des dispositions du droit positif, et, de façon générale, chaque fois que, dans un acte « complexe », les différentes opérations se trouvent sur le même plan, en ce sens qu'elles sont simplement juxtaposées et qu'aucune n'est l'accessoire de l'autre. Mais cet usage nous paraît abusif dès lors que l'une des opérations est dépendante de l'autre, sans que ce lien soit réciproque, c'est-à-dire chaque fois qu'il y a une opération principale et une ou des opérations accessoires. Tel est fréquemment le cas. Raisonnons sur un exemple. Le propriétaire d'une automobile contracte une assurance de responsabilité et une police de défense et recours (1).

310. - (1) Cf. *supra*, n° 162.

Supposons que le contrat d'assurance de responsabilité soit nul. L'assuré pourra se libérer du contrat de défense en établissant qu'il ne l'aurait pas conclu sans le contrat principal nul. Ces deux opérations n'en sont pas pour autant indivisibles : il aurait vraisemblablement conclu le contrat d'assurance de responsabilité même s'il n'avait pas pu y adjoindre un contrat de défense (2). Le lien n'est pas réciproque, dans ce cas.

Par conséquent, l'usage de la notion d'indivisibilité subjective n'est pas indispensable en cette matière parce qu'elle n'est pas un concept spécifique et autonome. En outre, cet usage est source de confusions du fait de la multiplicité des acceptions de la notion d'indivisibilité. Enfin, et surtout, celle-ci ne saurait constituer, si l'on s'en tient à sa véritable signification, un critère d'étendue de la nullité valable de façon générale en matière d'actes « complexes ». Le seul véritable critère, c'est le principe d'autonomie de la volonté, dont le concept d'indivisibilité subjective n'est qu'une expression partielle. C'est donc directement sur ce principe que les tribunaux devraient fonder leurs solutions, du moins en matière d'actes « complexes », où aucun texte ne s'y oppose.

L'étude de la notion d'indivisibilité en tant que critère de l'étendue de la nullité nous a donné l'occasion de formuler un certain nombre de critiques. Mais celles-ci ne sont pratiquement toujours que d'ordre formel. Nous approuvons non seulement les solutions concrètes, mais aussi le raisonnement sur lequel elles sont fondées. C'est seulement la formulation de ce raisonnement, exprimée par les différentes acceptions du concept d'indivisibilité, qui devrait, nous semble-t-il, être révisée. Il nous paraît intéressant de confronter, en guise de conclusion, les résultats de notre examen du concept d'indivisibilité avec ceux de l'étude des notions de cause et de condition impulsive et déterminante.

Section III

LA NOTION D'INDIVISIBILITE ET SES RAPPORTS AVEC CELLES DE CAUSE ET DE CONDITION IMPULSIVE ET DETERMINANTE

311. — Le bilan de l'étude de la notion d'indivisibilité en tant que critère de l'étendue de la nullité est, en définitive, assez complexe.

310. - (2) On pourrait aisément multiplier les exemples : le même raisonnement vaudrait pour la promesse de vente incluse dans un bail. V° également l'hypothèse des contrats dépendant d'autres contrats passés avec l'ennemi, *supra*, n° 171.

Dans ce seul rôle, nous n'avons pas relevé moins de trois significations différentes de cette notion.

L'indivisibilité purement matérielle constitue un concept réellement autonome. Son utilité est incontestable. Elle intervient théoriquement chaque fois qu'un problème d'étendue de la nullité se pose, aussi bien dans les actes « simples » que dans les conventions « complexes ». Dans une première étape il faut, en effet, toujours se demander si la nullité partielle est matériellement possible. La signification de ce concept est extrêmement simple : il n'est que la constatation empirique d'un état de fait. Quant à son rôle pratique, il est moins important qu'il ne paraît, car la question de savoir s'il y a ou non divisibilité matérielle n'est que rarement litigieuse. Quoi qu'il en soit, il ne saurait être question de comparer ce concept d'indivisibilité à l'un quelconque des autres critères de détermination de l'étendue de la nullité puisque son rôle est préalable à l'intervention de tout autre critère, même de l'indivisibilité subjective. Nous ne reviendrons donc plus sur ce point.

S'agissant de l'indivisibilité objective, tenant à la nature juridique de certains actes, nous avons admis que le terme d'indivisibilité était, dans ce cas, utilisé à tort et qu'il ne s'agissait que de l'application de l'idée qu'un acte juridique ne peut pas subsister lorsque l'un de ses éléments essentiels est vicié et qu'il n'est plus viable. La seule particularité des actes ainsi qualifiés d'indivisibles, c'est que tout y est en principe essentiel, alors que dans d'autres la nullité partielle sous forme d'annulation ou de réduction se conçoit très bien. Cette qualification pouvait faire croire à l'existence de deux sortes d'actes juridiques de nature différente, alors qu'il n'en est rien. Cette seconde notion d'indivisibilité, pas plus que la précédente, ne peut être comparée aux autres critères de détermination de l'étendue de la nullité, pour la simple raison qu'elle n'a pas d'existence réelle. Nous l'écartons donc définitivement du débat.

C'est l'indivisibilité subjective, enfin, qui est, à notre point de vue, la plus importante, puisqu'elle constitue le critère grâce auquel les tribunaux déterminent l'étendue de la nullité des actes « complexes ». Or, dans cette acception, la notion d'indivisibilité joue, en matière d'actes « complexes », le même rôle que les notions de cause et de condition impulsive et déterminante en matière de libéralités et d'actes à titre onéreux. Cette fois, la comparaison est intéressante.

1) Indivisibilité subjective et cause impulsive et déterminante.

312. — De prime abord, il n'y a aucun rapport entre les deux concepts d'indivisibilité et de cause impulsive et déterminante. Pour-

tant, si l'on étudie leur contenu, un premier rapprochement s'opère : les deux concepts constituent deux manières différentes d'exprimer l'intention des parties. La cause impulsive et déterminante, du moins dans son sens originaire, c'est le but visé par les parties. L'indivisibilité a trait au moyen d'atteindre ce but, par un acte juridique. Il n'est donc pas étonnant que, dans les arrêts, ces deux notions voisinent parfois l'une avec l'autre. Ainsi, on peut lire déjà dans un arrêt de la Cour de Colmar du 23 mars 1863 (1) :

> « que, dans l'intention des parties, ces stipulations diverses se rattachaient au contraire intimement entre elles, les unes étant la cause déterminante des autres ; qu'elles formaient un ensemble indivisible : que la nullité des premières invalide conséquemment les autres... »

Un arrêt de la Chambre civile du 2 juillet 1958 (2) contient un raisonnement tout à fait semblable, à cela près que le terme d'indivisibilité n'y figure pas :

> « Attendu que lorsque dans l'intention des parties toutes les stipulations d'un contrat sont intimement liées entre elles et que les unes sont la cause déterminante des autres, la nullité des clauses illicites invalide les clauses licites ; »

L'indivisibilité est donc la conséquence de la qualification de cause impulsive et déterminante des stipulations d'un acte, les unes par rapport aux autres. Telle est la corrélation entre indivisibilité et cause impulsive et déterminante, sur le plan des concepts. Mais en pratique, cette corrélation est encore beaucoup plus étroite. Nous avons constaté que, dans son application jurisprudentielle dans le cadre de l'article 900, la notion de cause impulsive et déterminante s'est peu à peu écartée de la notion orthodoxe de cause pour n'être plus, en fin de compte, qu'une mise en œuvre déguisée des intentions du disposant. Par conséquent, les notions de cause impulsive et déterminante de l'article 900 et d'indivisibilité ont le même contenu et le même but : l'application du principe d'autonomie. Seul leur champ d'application est différent. Les tribunaux annulent une libéralité s'il s'avère que, sans la condition nulle, le disposant n'aurait pas donné ou testé. Ils annulent totalement un acte « complexe » lorsque les parties établissent qu'elles n'auraient pas conclu l'opération demeurée valable sans l'opération viciée.

2) Indivisibilité subjective et condition impulsive et déterminante.

313. — Des constatations en tous points semblables peuvent être faites à propos de la comparaison du concept d'indivisibilité subjec-

312. - (1) D.P., 1863.II.113.
(2) Bull., 1958.I, n° 352, p. 284.

tive avec celui de condition impulsive et déterminante. Certaines décisions ont utilisé simultanément les deux concepts. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 2 mars 1858 (1) dispose :

> « que l'arrêt attaqué constate que les deux testaments forment un tout indivisible, et que d'après l'intention clairement manifestée... la substitution écrite dans le second était devenue la condition essentielle de la disposition faite au profit de H. ».

S'agissant d'un acte « complexe » formé de la combinaison d'une donation-partage valable avec une donation de biens à venir nulle, un arrêt de la Chambre civile du 26 juin 1963 (2), rejette, en ces termes, le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Bourges :

> « que c'est par une analyse des stipulations de l'acte litigieux et de la volonté des donateurs que l'arrêt attaqué estime que ceux-ci n'ont pas entendu faire de l'exécution de la donation mobilière la condition du partage immobilier. »

Cette fois, c'est sur le plan des concepts même que les deux notions se rejoignent. Elles constituent toutes les deux, et de façon directe — contrairement à la notion de cause impulsive et déterminante — une mise en œuvre, dans des domaines différents, du principe d'autonomie de la volonté. On pourrait parfaitement les intervertir ou même les appliquer simultanément. L'indivisibilité subjective, telle que l'entend la jurisprudence (3), n'est en effet que la conséquence de la qualification de condition *sine qua non* de la clause ou de la partie viciée de l'acte. L'élément vicié et l'élément sain sont indivisibles parce que le premier est une condition impulsive et déterminante du second.

314. — Il s'avère finalement qu'en pratique les notions de cause impulsive et déterminante, de condition impulsive et déterminante et d'indivisibilité subjective se ressemblent étrangement, du moins dans leur usage en matière de nullité partielle. Elles ne se distinguent que par leur champ d'application, la première concernant les actes à titre gratuit « simples », la seconde les actes à titre onéreux « simples », la troisième, enfin, les actes « complexes ». Mais le problème qu'elles servent à résoudre est unique. Et, de même, leur fondement est toujours identique : le critère grâce auquel les tribunaux déterminent l'étendue de la nullité est, en réalité, toujours fondé, sous des vocables divers, sur L'INTENTION DES PARTIES. Aussi désignerons-nous désormais ce critère par une expression unique, commode et sans équivoque : celle de « CRITÈRE INTENTIONNEL ».

L'hétérogénéité apparente du système peut paraître pour le moins surprenante. Pourquoi mettre en œuvre des concepts aussi délicats,

313. - (1) D.P., 1858.I.308.
(2) Bull., 1963.I, n° 347, p. 296.
(3) Sous réserve de ce qui a été dit *supra*, n° 310, au sujet du caractère réciproque que comporte logiquement le lien d'indivisibilité.

sinon confus, que ceux de cause ou d'indivisibilité pour exprimer une réalité qui, en fin de compte, est aussi simple ? La façon tout à fait incomplète dont le Code civil a envisagé la question constitue une explication de cette complexité, mais non une justification. Il ne serait que temps d'y mettre fin. Une règle unique devrait — et pourrait — gouverner toutes les hypothèses.

Cependant, qui dit règle, dit exceptions. Nous avons, au cours de notre étude des nullités partielles d'actes « simples », mentionné diverses hypothèses dans lesquelles la recherche d'intention devait être écartée. Il en est de même en matière d'actes « complexes ». L'indivisibilité subjective doit être, parfois, tenue en échec en raison de l'intervention de principes supérieurs. Nous avons évoqué ce problème notamment à propos du contrat de mariage (1) et des contre-lettres (2). Ce sont les exigences de l'ordre public qui motivent de telles exceptions à la souveraineté des intentions des parties. L'ordre public constitue, par conséquent, un critère exceptionnel de détermination de l'étendue de la nullité, faisant échec au critère intentionnel. Ce critère exceptionnel vaut, dans la mesure où il y a lieu d'y recourir, pour toutes les hypothèses de nullité partielle. Or, nous n'avons examiné, jusqu'à présent, que les notions théoriques auxquelles la jurisprudence fait appel en cas de nullité d'une clause ou d'une partie d'un acte juridique (3). Qu'en est-il en matière de nullité sous forme de réduction (4) ? La situation est apparemment plus simple. La jurisprudence ne s'est pas embarrassée de notions théoriques. Tantôt elle a admis la réductibilité, tantôt elle l'a rejetée, mais sans motiver autrement ses solutions. C'est, cette fois, la notion de réduction elle-même qui requiert quelques explications.

314. - (1) Cf. *supra*, n° 140.
(2) Cf. *supra*, n° 170.
(3) Titre I^er^ de la Première Partie, *supra*, n^os^ 31 ss.
(4) Titre II de la Première Partie, *supra*, n^os^ 174 ss.

CHAPITRE III

La notion de réduction.

315. — Dans le cadre des développements consacrés aux nullités partielles en droit positif français et, plus particulièrement, aux hypothèses de réduction (1), nous avons admis comme point de départ le postulat selon lequel la réduction n'est qu'une technique particulière de mise en œuvre de la notion de nullité partielle, en réservant la démonstration de cette assertion (2). Le moment est venu maintenant d'y procéder.

Pourtant, nous avons le sentiment que l'essentiel de cette démonstration est déjà fait. Il nous semble, en effet, que l'étude conjointe des principales hypothèses de réduction en droit positif, faisant suite à celle des autres formes de nullité partielle, constitue indirectement la meilleure des preuves à l'appui de notre thèse. Au passage, nous n'avons pu nous empêcher d'attirer l'attention sur certaines particularités dont il résulte que la réduction n'est et ne peut être qu'une forme d'annulation partielle. Il s'agit du fait, notamment, que parfois la même règle de droit positif est sanctionnée tantôt par la nullité d'une clause accessoire, tantôt par la réduction d'une stipulation excessive, cette différence dans la sanction résultant de circonstances purement fortuites. Enfin, pour des raisons précises (3), nous avons été amené à faire une démonstration partielle de notre thèse à propos d'une hypothèse particulière de réduction : celle qui sanctionne l'atteinte à la réserve héréditaire (4).

315. - (1) Titre II de la Première Partie.
(2) Cf. *supra*, note 3 n° 174.
(3) Cf. *supra*, la note 1 n° 181.
(4) Cf. *supra*, n°s 181 à 185.

Notre objectif, dans ce chapitre consacré à la notion de réduction, n'est donc que d'apporter quelques explications complémentaires. Car si la plupart des auteurs admettent, implicitement ou explicitement, que la réduction équivaut ou ressemble, sur le plan pratique, à une annulation partielle, un certain nombre d'entre eux rejettent cependant cette assimilation sur le plan des concepts. Ils estiment que réduire une obligation excessive est plus grave qu'annuler une clause d'un acte. Pour eux, ces deux sanctions ne sont pas de même nature et ne peuvent avoir les mêmes fondements. Nous nous efforcerons de réfuter les arguments avancés par ces auteurs. Il ne nous restera plus alors qu'à formuler quelques observations relatives aux critères de l'étendue de la nullité en cas de nullité partielle d'une stipulation quantitativement excessive.

Section I

LA NATURE JURIDIQUE DE LA REDUCTION

316. — Le problème de la nature juridique de la réduction des obligations excessives n'a que rarement été évoqué par les auteurs. Le rapprochement avec la théorie des nullités n'a généralement été opéré que sous forme de remarques incidentes. Le plus souvent, c'est par le biais de l'étude des pouvoirs d'intervention du juge dans le contrat que ce problème a été abordé : le juge a-t-il le pouvoir de réduire les stipulations excessives aux yeux de la loi ? Dans une première phase, deux tendances opposées se sont manifestées en ce qui concerne la réponse à cette question. Pour les uns, la réduction est possible parce que ce n'est qu'une forme particulière de nullité ; les autres estiment que réduire est plus grave qu'annuler. Mais les tenants de ces deux opinions contradictoires se contentent d'affirmations. Pourtant, la réduction existe bien en droit positif. Aussi, dans un deuxième temps, s'est-on posé la question suivante : si la réduction n'est pas une nullité partielle, quelle autre explication peut-on en donner ? Un auteur a récemment tenté de répondre à cette question (1). Son opinion retiendra particulièrement notre attention.

1) Les affirmations contradictoires des auteurs.

317. — Un certain nombre d'auteurs n'ont pas hésité à faire purement et simplement de la réduction un cas de nullité partielle. Parmi

316. - (1) Samir Tanagho, De l'obligation judiciaire. Etude morale et technique de la révision du contrat par le juge, 1965.

ceux-ci, il y a lieu de mentionner surtout Perrin (1). Son opinion est d'autant plus significative qu'elle se situe dans le cadre de l'une des seules études importantes consacrées exclusivement à la réductibilité des obligations excessives. D'autres expriment le même avis, à propos de certains cas particuliers de réduction. C'est ainsi que Dijol écrit (2), dans son étude consacrée à la nullité des contrats lésionnaires :

> « De toutes les modifications qu'une convention peut subir, il n'en est de plus considérable que l'annulation... C'est une modification radicale. »

Et il en conclut que, lorsqu'il réduit une stipulation, le juge n'excède pas ses pouvoirs, car :

> « si l'on peut annuler un contrat en totalité, on peut encore plus l'annuler en partie. »

C'est cet argument *a fortiori* qui constitue l'argument principal de ces auteurs (3). Mais il faut bien reconnaître qu'il ne vaut que s'il est d'abord prouvé que la réduction n'est qu'une nullité partielle. Or, ces auteurs se contentent d'affirmations. Ils ne démontrent pas l'exactitude de la qualification.

C'est précisément cette assimilation de la réduction à une nullité qui est contestée par d'autres auteurs. Pour ceux-ci, la réduction est une sanction plus grave que la nullité intégrale. C'est ainsi que Demontès, pour prouver que la nullité est la seule sanction possible en matière de lésion, écrit notamment (4) :

> « Que l'on ne dise pas que le fait pour le juge d'annuler le contrat correspond à une modification telle qu'il devrait pouvoir le modifier en vertu du principe : « Qui peut le plus, peut le moins. » Il y a là un pur sophisme trop souvent répété et dont il faut faire justice... L'idée d'ordre public dans les contrats est une notion négative, elle permet d'annuler l'acte qui n'est pas conforme aux données légales, elle ne permet pas de le réformer, car elle n'a pas un contenu positif... »
>
> « On ne peut cependant cacher, dit un autre auteur (5), combien l'intervention du juge lorsqu'elle consiste à modifier les éléments d'un contrat est plus grave que dans le cas de l'annulation pure et simple : annuler un contrat c'est déclarer qu'il ne remplissait pas les conditions de validité imposées par la loi, tandis que le modifier c'est se mettre à la place des parties pour le refaire... »

317. - (1) *Op. cit.*, en particulier, pp. 290 ss. et 332 ss.
(2) *Op. cit.*, pp. 107 *in fine* et 108.
(3) V° dans le même sens Jane Péan, *op. cit.*, pp. 20-22 ; Ch. Lyon-Caen, note au S. 1887.II.201.
(4) P. 238.
(5) Lamarche, *op. cit.*, p. 144. V° également la citation d'un rapporteur au Sénat, reproduite par H. Capitant, en note 1, p. 3, dans sa chronique sur « Le régime de la violation des contrats » au D.H., 1934, pp. 1 ss.

La réfutation de ces arguments — dans la mesure où ce sont réellement des arguments et non de simples affirmations — ne présente guère de difficultés (6). Il s'agit de visions purement théoriques de la situation, teintées d'une conception archaïque du rôle du juge. Le défaut principal de cette opinion, c'est qu'elle ignore totalement le phénomène de la nullité partielle (7). S'il est plus grave de réduire une stipulation que d'annuler totalement l'acte, parce qu'on modifie ce que les parties ont voulu, il en est manifestement de même en cas d'annulation d'une clause isolée d'un acte. Celui-ci est tout autant modifié par la nullité d'une clause que par la réduction. Si cette thèse était valable, il faudrait donc proscrire, comme excédant les pouvoirs du juge, toute annulation partielle qui ne serait pas expressément prévue par un texte.

Par ailleurs, le résultat de cette thèse est extrêmement mince. Elle est purement négative, en ce qu'elle tend à interdire au juge de réduire des stipulations excessives en dehors des cas où la loi autorise ou prescrit expressément cette réduction. Elle n'apporte aucune contribution positive à l'étude de la nature juridique de la notion de réduction. Les auteurs qui prétendent que la réduction n'est pas une nullité ne disent pas ce qu'elle est, dans la mesure où le droit positif la reconnaît.

2) La thèse de M. Tanagho.

318. — C'est précisément à cette tâche plus positive que s'est attelé récemment M. Tanagho. Pour lui, la réduction d'une stipulation excessive s'analyse en une « novation nécessaire » :

> « En révisant une obligation contractuelle, dit-il (1), le jugement éteint celle-ci et en fait naître une nouvelle. Ce jugement est novateur, constitutif et source d'obligation. »

317. - (6) Nous réservons pour le chapitre suivant la critique de l'argument de Demontès, selon lequel la notion d'ordre public n'a qu'un contenu purement négatif, cf. *infra*, n°s 325 ss.

(7) Comp. : Ripert, L'ordre économique et la liberté contractuelle, Mélanges Gény, t. II, p. 353 :

> « Nous ne connaissons pour limiter la force contractuelle que le moyen brutal de la nullité... La convention est loi suivant l'article 1134 ou n'est rien suivant l'article 6... »

318. - (1) *Op. cit.*, p. 7. Cette formule revient, souvent textuellement, dans de nombreux passages de son ouvrage : cf. pp. 122, 127, 143, 150, 153, 161, 183, 203. Comp. : Josserand, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, R.T.D.Civ., 1957, p. 25. V° également la citation d'un rapporteur au Sénat, reproduite par H. Capitant en note 1, p. 3, dans sa chronique sur « Le régime de la violation des contrats » au D.H., 1934, pp. 1 ss.

Son argumentation est, cette fois, beaucoup plus consistante que celle des auteurs précités. Il ne se contente pas d'affirmer. Il cherche à démontrer et qualifie positivement la réduction (2).

Le point de départ et, en même temps, l'inspiration de la démonstration de M. Tanagho réside dans une analyse du contenu philosophique et moral du contrat, dont il conclut (3) :

> « Le contrat n'est qu'une présomption de justice... Cependant, cette présomption est toute simple. Elle pourrait être écartée selon les exigences de la raison. Le contrat pourrait être remplacé par une autre technique plus capable de réaliser la justice dans un cas concret, comme la loi ou le jugement par exemple. »

Il faut donc maintenir le contrat tant qu'il est juste ; mais lorsqu'il est injuste, l'intervention du juge sera légitime. Celle-ci sera, par conséquent, de nature extra-contractuelle. C'est cet enchaînement dans son raisonnement qui a sans doute amené l'auteur à trouver une explication de cette intervention en dehors de la théorie des nullités et même en dehors de la théorie du contrat (4). D'où cette idée de novation, et de novation « nécessaire » puisqu'elle est imposée aux parties, alors qu'en principe la novation est « volontaire » (5).

> « Il est évident, dit encore M. Tanagho (6), que le droit positif ne pourra supprimer l'injustice sans supprimer sa source, à savoir le contrat injuste. Toute conciliation entre la justice et le contrat étant fictive, l'extinction de l'obligation contractuelle deviendra indispensable... »

L'idée de base, c'est, en fin de compte, qu'il est impossible de toucher en quoi que ce soit à ce qu'ont voulu les parties sans en affecter l'essence même :

> « La simple modification de l'obligation contractuelle effectuée... en dehors de la volonté des parties nécessite dans tous les cas la novation de cette obligation... » (7).

318. - (2) Une mise au point d'ordre terminologique s'avère indispensable. En effet, l'auteur qualifie de « révision » ce que nous appelons réduction. En revanche, il semble désigner par le terme de « réduction » la nullité d'une clause. C'est du moins ce qui ressort du passage suivant (p. 133) :

> « En général la réduction (par opposition à la révision) porte sur un contrat partiellement nul. Il s'agit d'un acte complexe, contenant une clause nulle ou annulable. »

Pour lui, la différence essentielle entre « révision » et « réduction » au sens où il entend ces termes réside dans le rôle de la volonté des parties, rôle inexistant en cas de « révision » et effectif en cas de « réduction » (cf. pp. 133-135). Sur ce rôle de la vonlonté, cf. *infra*, n° 320.

(3) P. 82.

(4) Cf. p. 143.

(5) L'auteur consacre d'importants développements à cette notion de novation nécessaire : cf. pp. 83-125.

(6) P. 148.

(7) P. 153. V° également p. 161, p. 203... Dans le même sens : Niboyet, *in* Travaux de la Semaine Internationale de Droit, Paris, 1937, pp. 11-12.

319. — Aussi solide qu'elle puisse paraître *a priori*, la thèse de M. Tanagho nous semble pourtant devoir être rejetée (1). D'une part, on peut lui reprocher d'être extrêmement éloignée de la réalité, même si, sur le plan des concepts, elle est plausible. D'autre part et surtout, elle repose sur des fondements qui ne résistent pas à l'analyse.

Toute la construction de l'auteur repose sur l'idée de novation. La formule suivante est reproduite, comme un *leit-motiv*, tout au long de son ouvrage (2) :

> « En révisant une obligation contractuelle, le jugement éteint celle-ci et en fait naître une nouvelle. »

Par conséquent, seule la volonté parfaitement licite doit être respectée. Dès que les parties ont excédé les limites de ce qui est permis, « cette volonté jugée injuste n'aurait plus de valeur », déclare textuellement l'auteur (3). Donc, l'obligation révisée a changé de nature ; elle n'a plus rien de commun avec le contrat initial :

> « (La raison) autorise... à remplacer la technique contractuelle par une autre technique, qui pourrait réaliser la justice » (4).

C'est cette mutation radicale de la nature de l'obligation, dès lors qu'elle n'est pas parfaitement licite et que le juge doit intervenir (5), qui nous paraît si éloignée de la réalité qu'elle ne peut être admise. Ainsi donc, un contrat quelconque, dont l'objet, la durée ou le prix aurait été jugé quantitativement excessif et réduit, n'aurait plus rien de contractuel ? En réalité, cette conception du contrat n'est qu'un prolongement des vieilles théories selon lesquelles l'autonomie de la volonté constitue le principe suprême du droit : « qui dit contractuel, dit juste ».. On en a déduit, *a contrario*, que ce qui est injuste ou illicite, même seulement partiellement, n'a pas de valeur contractuelle. On sauve ainsi, en apparence du moins, le caractère absolu du principe d'autonomie. Il y a là un véritable « tabou » (6) à détruire. De nombreux auteurs s'y sont déjà attaqués, mais il garde toujours, semble-t-il, quelques adeptes. Pourquoi une stipulation contractuelle corrigée par le juge ne serait-elle plus de nature contractuelle ? En

319. - (1) Dans son ouvrage, l'auteur envisage la « révision » judiciaire de façon générale, sans distinguer deux formes de « révision » qui sont, nous semble-t-il, fondamentalement différentes : la réduction-nullité partielle et la révision pour imprévision (cf. *supra* : note 5 n° 174, notes 3 et 10 et n° 227). Nos critiques de la théorie de M. Tanagho ne concernent que le premier aspect. Nous n'examinerons pas la valeur de sa construction en matière de révision pour imprévision.

(2) Cf. les références *supra*, en note 1 n° 318.

(3) P. 82.

(4) *Loc. cit.*

(5) Cf. encore les citations reproduites *supra*, n° 318 *in fine*, et les références en notes 6 et 7.

(6) Comp. : J. Mazeaud, J.C.P., 1967, n° 15038, qui parle du « tabou des nullités ».

pratique, les parties se considèrent toujours comme liées par un contrat, même si, le cas échéant, c'est contre leur gré que celui-ci n'a pas été anéanti en totalité. A tous points de vue, le droit traite cet acte comme un contrat. En fin de compte, toute cette théorie de la novation nécessaire et de l'obligation judiciaire n'a pour raison d'être que la sauvegarde de l'idée, depuis longtemps abandonnée par la doctrine quasi unanime, selon laquelle l'intention des parties est intangible par essence même. Pour sauver les apparences on déclare, de façon simpliste, que lorsque la volonté est rectifiée il n'y a plus de volonté. Il y a lieu, en outre, d'adresser à la théorie de M. Tanagho la même critique que celle que nous formulions déjà à l'encontre de l'opinion selon laquelle la réduction est plus grave que l'annulation. Elle ignore totalement le phénomène de la nullité partielle. Si une obligation réduite se transforme en obligation judiciaire, par suite d'une novation nécessaire, il doit en être logiquement de même d'un acte juridique dont on a rayé une clause accessoire ou complémentaire. Là aussi, la volonté du ou des auteurs de l'acte est modifiée, et cela d'autant plus que, de plus en plus souvent, la nullité partielle est imposée aux parties. Ainsi donc cette théorie aboutirait non seulement à faire de la réduction un phénomène différent de celui de la nullité partielle, mais encore à nier la notion même de nullité partielle.

320. — Ces critiques d'ordre général seraient, nous semble-t-il, suffisantes pour faire rejeter la conception de la réduction de M. Tanagho. Il n'est cependant pas inintéressant de les compléter et de les étayer par un certain nombre d'observations relatives à des assertions précises de l'auteur. Il s'agit surtout de la distinction que l'auteur établit entre la « révision » d'une part, qui n'est autre que la réduction, et ce qu'il appelle la « réduction » d'autre part, qui est, en fait, la nullité d'une clause d'un acte (1). Selon lui, la volonté des parties joue un rôle radicalement différent dans les deux hypothèses :

> « Le plus important,... c'est que la réduction (nullité d'une clause) repose sur l'intention réelle des parties, tandis que la révision est adressée explicitement contre leur volonté » (2).

La « réduction », dit-il encore :

> « s'accomplit en recourant à une volonté, toujours dépendante du droit objectif. En revanche la révision... ne saurait s'expliquer en fonction de la volonté des parties... D'ailleurs, aucune idée contractuelle ne justifiera la révision du contrat... » (3).

320. - (1) Cf. *supra* la remarque en note 2 n° 318. Il est inutile de dire que nous critiquons vivement ces dénominations.
(2) P. 133.
(3) P. 143.

Dans ces passages, l'auteur confond, dans une certaine mesure, les deux étapes du raisonnement qui préside à tout problème d'étendue de la nullité. Dans un premier stade on s'interroge toujours sur l'étendue objective de la nullité : telle clause étant nulle, telle stipulation étant excessive, une nullité partielle est-elle objectivement possible ? Jusque là, la volonté des parties n'est en rien consultée, dans aucune des deux hypothèses ; elle est, bien au contraire, partiellement anéantie par le juge. Donc ni la « révision »-réduction, ni la « réduction »-nullité d'une clause ne s'expliquent « en fonction de la volonté des parties » et ne reposent « sur une idée contractuelle ». Dans les deux cas on anéantit une partie de ce que les auteurs de l'acte ont voulu (4). Ce n'est qu'au stade ultérieur de la détermination du sort de la partie objectivement valable de l'acte que la volonté joue un certain rôle. Or, selon cet auteur, on fera toujours appel à la volonté des parties en matière de « réduction »-nullité d'une clause, alors que la « révision »-réduction sera toujours « nécessaire et impérative » (5). En réalité il n'en est rien. Si le critère intentionnel commande en principe l'étendue de la nullité lorsque le vice n'atteint qu'une clause ou une partie d'un acte juridique, de plus en plus souvent la nullité partielle est impérative, exigée par l'ordre public (6), et le critère intentionnel est écarté. En revanche, en cas de stipulation excessive quant à son objet, son prix ou sa durée, il est un fait que la volonté des parties n'est pratiquement jamais interrogée. Mais il y a à cela différentes raisons (7). Le caractère impératif de la réduction n'en est qu'une parmi d'autres. En aucun cas on ne peut dire que la réduction est toujours impérative.

3) L'assimilation nécessaire de la réduction et de la nullité d'une clause.

321. — Le parallélisme entre le phénomène de la réduction et celui de la nullité d'une clause est donc total. Dans les deux cas le juge détruit une fraction de ce que les parties ont voulu. Ce n'est qu'après cette amputation qu'il consultera — sauf exceptions — la volonté des parties pour savoir ce qu'il y a lieu de faire de ce qui reste de l'acte. La conclusion que l'on peut tirer de cette constatation se trouve résumée dans l'alternative suivante. Ou bien la réduction des stipulations excessives est assimilable à la nullité d'une clause ou d'une partie d'un acte ; ou bien c'est la notion même de nullité par-

320. - (4) C'est pour cela que, si la théorie de la novation nécessaire était justifiée, elle serait applicable également aux cas de nullité d'une clause.
(5) P. 143.
(6) Cf. *infra*, chapitre suivant.
(7) Cf. *supra*, n° 175.

tielle qui doit être proscrite. En aucun cas ces deux phénomènes ne peuvent être dissociés et qualifiés différemment. L'existence de la notion de nullité partielle ne pouvant être niée, il ne reste donc plus qu'à y intégrer celle de réduction.

Au départ, cette assimilation était plus le résultat d'une intuition que d'un raisonnement solidement construit. Mais peu à peu l'impression première s'est confirmée : la réduction ne pouvait être qu'une forme de nullité partielle. Cette qualification constitue l'explication du phénomène de la réduction à la fois la plus simple, la plus logique et qui s'intègre le mieux au droit positif.

En réalité, l'opinion des auteurs qui refusent au juge le droit de réduire une stipulation qui est seulement excessive est du même ordre que celle, depuis longtemps abandonnée, aux termes de laquelle un acte est indivisible du seul fait que les parties y ont inclus un certain nombre de clauses ou opérations distinctes (1). Les deux thèses en question refusent la possibilité d'un maintien partiel de l'acte en tant qu'acte volontaire. Elles ne correspondent pas à la volonté des parties. La notion de nullité partielle est un complément indispensable de la théorie de l'acte juridique.

Section II

CRITERES DE L'ETENDUE DE LA NULLITE EN CAS DE STIPULATION QUANTITATIVEMENT EXCESSIVE

322. — Il ne suffit pas de constater que la réduction est une forme de nullité partielle. Encore faut-il savoir dans quelles circonstances et selon quels critères cette nullité partielle peut être prononcée. Il est vrai que cette seconde question n'a pas plus préoccupé la jurisprudence, ni même la doctrine, que la précédente. En réalité, ces critères sont les mêmes qu'en matière de nullité d'une clause ou d'une partie d'un acte. Nous les avons déjà mentionnés lors de l'étude de la réduction en droit positif (1).

Lorsqu'un problème de nullité partielle se pose, qu'il s'agisse de réduction ou de nullité d'une clause, le raisonnement à suivre comporte théoriquement toujours deux étapes.

321. - (1) Cf. *supra*, n° 303.

322. - (1) Titre II de la première partie. V° en particulier l'introduction à ce titre : n°s 174-177. L'un des plus importants parmi ces critères en matière de réduction, la notion d'ordre public, fera l'objet d'un examen approfondi dans le chapitre suivant.

1) Détermination de l'étendue de l'illicéité.

323. — Il y a tout d'abord lieu de se demander si l'acte ou la stipulation viciée est objectivement divisible (1) et si, amputé de la partie nulle, cet acte reste viable (2). En fait, ces problèmes purement objectifs ne se posent pas en matière de réduction. Un chiffre est toujours divisible. Et un acte dans lequel on a opéré la réduction de l'objet, de la durée ou du prix conserve toujours, par hypothèse même, tous les éléments qui lui sont indispensables, puisqu'on a seulement réduit l'un de ces éléments sans le faire disparaître. La question peut tout au plus paraître délicate lorsqu'il s'agit de cette catégorie particulière de réductions qui affectent les effets d'un acte ou d'une clause sans que cet acte ou cette clause soit en rien modifié extérieurement (3). Mais si ces effets sont illicites, c'est précisément parce qu'ils ont excédé une certaine limite. Ils sont donc, eux aussi, nécessairement divisibles, soit dans l'espace (clause de non-concurrence illimitée), soit dans le temps (contrat à durée indéterminée excessive), soit encore en ce qui concerne leurs incidences pécuniaires (clause portant indirectement atteinte au S.M.I.G.)...

La détermination de la proportion dans laquelle l'acte sera licite ou, au contraire, nul, pose dans certains cas du moins, un problème propre à cette technique d'annulation partielle. En effet, en cas de nullité d'une clause, la partie objectivement valable de l'acte se trouve automatiquement délimitée. Il en est de même, en matière de réduction, lorsque le législateur a lui-même fixé de façon précise la limite que l'objet de l'acte, sa durée ou son prix ne doit pas excéder. Mais, parfois, le législateur ne fournit aucune indication ou seulement des indications approximatives. C'est alors au juge qu'incombe le devoir de déterminer lui-même le chiffre au-delà duquel l'acte ou la clause est illicite (4). Ce pouvoir d'appréciation du juge a longtemps choqué les auteurs. Une tradition de méfiance vis-à-vis du pouvoir judiciaire, dont l'origine est révolutionnaire, explique ce comportement (5). Mais cette tradition n'a plus, actuellement, aucune raison

323. - (1) Cf. *supra*, n°s 297 et 311.
(2) Cf. *supra*, n° 301.
(3) Cf. *supra* : chapitre IV du titre II de la première partie, n°s 243 ss.
(4) Dans son ouvrage précité, M. Tanagho s'est heurté à cette distinction des cas de réduction. Sa théorie de l'obligation judiciaire ne pouvait concerner que les hypothèses dans lesquelles un pouvoir d'appréciation était laissé au juge. Il déclare alors (p. 177) que, lorsque le législateur a lui-même fixé une limite précise, la novation qui s'opère et l'obligation nouvelle qui se substitue à l'ancienne sont non plus judiciaires, mais législatives. Cette explication tient de l'expédient. Nous ne croyons pas qu'une différence de nature existe, selon que le juge a ou n'a pas un pouvoir d'appréciation.
(5) « Nous sommes moins sûrs de nos magistrats que vous l'êtes des vôtres », lançait Ripert à ses collègues suisses lors des Travaux de la Semaine

d'être. Elle est en opposition avec la plupart des systèmes juridiques modernes. Dans un monde où la réalité est de plus en plus complexe, le juge ne peut plus se borner à appliquer des recettes. La jurisprudence se reconnaît d'ailleurs ce pouvoir d'appréciation dans des hypothèses de plus en plus nombreuses (6).

2) Détermination de l'étendue de la nullité.

324. — Cependant, lorsque l'étendue de l'illicéité de l'acte ou de la clause litigieuse est ainsi déterminée, la solution finale n'est pas encore trouvée. Il n'est pas sûr, en effet, que l'étendue de la nullité épousera les limites de l'étendue de l'illicéité. Le parallélisme avec la première technique d'annulation partielle est donc total : de même que la nullité finalement prononcée ne se limite pas forcément à la clause accessoire ou complémentaire nulle ou à l'opération illicite d'un acte « complexe », de même la nullité dans la mesure de l'excès d'une stipulation quantitative n'aboutira pas toujours, théoriquement du moins, à une nullité partielle. Un double critère présidera à la détermination de l'étendue définitive de la nullité.

Il faudra, en principe, interroger l'intention des parties ou de la partie bénéficiaire de la stipulation partiellement nulle (1). Aurait-elle, le cas échéant, accepté de conclure l'acte dans la mesure réduite ? Si oui, la réduction pourra s'opérer. Si non, c'est la nullité totale qui devra s'ensuivre.

> « Cette primauté de la volonté des parties, dit M. Ponsard (2), dès lors que sont sauves les exigences de l'ordre public, doit jouer aussi bien lorsque, à l'inverse, on prétend restreindre l'étendue de la nullité d'une disposition qui se présente comme unique. »

Pour diverses raisons (3), ce rôle de l'intention des parties n'est pratiquement jamais évoqué devant les tribunaux lorsqu'il s'agit de réduction. Le plus souvent la réponse est évidente. Parfois, cependant, la question mériterait d'être examinée (4).

Internationale de Droit, en 1937 (p. 216). C'est précisément pour enlever au juge ce pouvoir d'appréciation que certains auteurs ont déclaré que réduire était plus grave qu'annuler (cf. *supra*, n° 317). Selon eux, lorsque le législateur n'a pas expressément prévu la réduction, le juge ne peut qu'annuler intégralement.

323. - (6) L'évolution récente de la jurisprudence en matière de clauses de non-concurrence et d'exclusivité en offre un excellent exemple. Sur le problème du pouvoir d'intervention du juge, cf. également *infra*, n° 346, et la note 8 n° 363.

324. - (1) Sur la façon unilatérale ou bilatérale dont il convient de poser ce problème, cf. *infra*, n° 385.

(2) Quelques remarques sur les clauses d'exhérédation, *in* Mélanges Voirin, p. 677.

(3) Cf. *supra*, n° 175.

(4) Cf. par exemple, en matière de clauses de maintien de l'indivision, *supra*, n° 213.

Mais si le principe d'autonomie de la volonté constitue le critère normal de l'étendue de la nullité, celui-ci est cependant évincé, parfois, par les exigences de l'ordre public, ce qui, en matière de réduction, est justement assez fréquent. C'est ce rôle de l'ordre public en matière de nullité partielle qu'il convient d'examiner maintenant.

CHAPITRE IV

Ordre public et nullité partielle.

325. — **Dans notre système juridique, la notion d'ordre public est certainement l'une des plus confuses et pourtant des plus importantes en pratique. De très nombreux ouvrages et articles ont été consacrés à ce concept (1). Et pourtant, prétend M. Malaurie (2) :**

> « Nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert. »

Telle semble bien être la réalité. Non point que les définitions manquent : on n'a, bien au contraire, que l'embarras du choix (3). Mais celles que l'on trouve chez les auteurs ne sont guère instructives. Mentionnons cependant, comme l'une des plus récentes et des plus concises, la définition que donne M. Malaurie (4). Pour lui, l'ordre public c'est :

> « Le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité. »

325. - (1) Cf. entre autres : CLAPS-LIENHART, L'ordre public. Essai, thèse Lyon, 1934 ; LIENHARD, Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé et en droit international privé, thèse Dijon, 1934 ; BERTRAND, La notion d'ordre public en matière de nullités, thèse Lille, 1939 ; SIMON, L'ordre public en droit privé, thèse Rennes, 1941 ; MALAURIE, *op. cit.*, ; FARJAT, *op. cit.* ; RIPERT, L'ordre économique et la liberté contractuelle, Mélanges Gény, 1935, t. II, pp. 347 ss. ; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L'ordre public en droit privé interne, Etudes Capitant, 1939, pp. 381 ss., et cours de doctorat, Paris 1930-1931, 1931-1932 et 1950-1951 ; Travaux de l'Association H. Capitant : La notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé, t. VII, 1952...

(2) *Op. cit.*, p. 3.

(3) M. Malaurie, en appendice à son ouvrage précité, en donne une longue liste : pp. 260 ss.

(4) *Op. cit.*, p. 69.

Malgré son laconisme, cette formule exprime assez bien, en fin de compte, le contenu et le rôle de l'ordre public. En effet, ce contenu et ce rôle sont tellement variés qu'il ne semble guère possible de les enfermer dans une définition plus précise, plus explicite et cependant complète.

En ce qui concerne plus précisément le problème de l'étendue de la nullité, l'incidence de la notion d'ordre public n'a été aperçue qu'assez récemment. C'est à quelques auteurs contemporains que revient le mérite d'avoir mis en évidence ce rôle (5). Dans la jurisprudence, on n'en trouve que des manifestations assez timides et sporadiques. Il ne s'agit pas, pourtant, d'un phénomène récent. L'article 900 lui-même, dans son sens originaire, n'était qu'une application de ce rôle de l'ordre public en matière d'étendue de la nullité. Ce qui est nouveau, c'est que le problème est maintenant posé en termes généraux. Mais quel est donc ce rôle de la notion d'ordre public en matière de nullité partielle ?

326. — En droit civil, et plus particulièrement en matière d'actes juridiques, l'ordre public joue principalement et traditionnellement le rôle de critère de la nullité. Il constitue la limite de la liberté contractuelle. Là où il commence, là s'arrête le règne du principe d'autonomie. Il y a nullité chaque fois que les auteurs d'un acte juridique dépassent cette limite, c'est-à-dire contreviennent à une règle ou à un principe général intéressant l'ordre public.

Mais lorsqu'il est établi que telle clause est nulle ou telle quantité excessive, se pose le problème de l'étendue de la nullité, du sort de la partie valable de l'acte. Nous avons admis qu'en principe c'est la règle d'autonomie de la volonté qui doit permettre de résoudre ce second problème. De fait, les tribunaux français déterminent l'étendue de la nullité, de façon plus ou moins directe et au moyen de formules variées, en faisant appel à l'intention des parties. Mais, de même que l'autonomie de la volonté n'est pas souveraine en matière de formation des actes juridiques, de même ici, y a-t-il lieu d'admettre un certain nombre d'exceptions. Et c'est précisément l'ordre public qui en est à l'origine. Une fois de plus, l'ordre public intervient en tant que limite assignée à la règle d'autonomie, mais cette fois à l'occasion d'un problème différent. C'est ce second rôle de la notion d'ordre public que MM. Malaurie et Farjat (1) ont eu le grand mérite de signaler et qui, seul, nous intéresse.

325. - (5) Cf. surtout les ouvrages précités de MM. Malaurie et Farjat, respectivement pp. 243 ss. et pp. 367 ss. V° également : Khalil, *op. cit.*, pp. 280 ss. ; Rubelin-Devichi, L'irrecevabilité de l'action civile et la notion d'intérêt général, J.C.P., 1965, chronique n° 1922, en particulier n°s 42 ss.

326. - (1) Cf. *supra* les références en note 5 n° 325.

Deux questions se posent à ce propos : pourquoi l'ordre public exige-t-il, dans certaines circonstances que le critère intentionnel de l'étendue de la nullité soit écarté ? et quelles sont ces circonstances ? En effet, en tant que critère de l'étendue de la nullité, la notion d'ordre public entrera en concurrence avec le critère intentionnel, corollaire du principe d'autonomie de la volonté. Quand y aura-t-il lieu d'appliquer l'un ou l'autre ?

Section I

LES RAISONS D'ETRE DE L'INCIDENCE DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC SUR L'ETENDUE DE LA NULLITE

§ 1. — Les raisons théoriques.

327. — C'est l'évolution de la notion même de nullité qui nous paraît être à l'origine de l'apparition de ce problème. Dans la doctrine classique, la nullité était envisagée comme un état de l'acte. Tout le système était donc axé sur cet acte « malade ». Maintenant, la nullité est conçue comme une notion beaucoup plus dynamique : elle est une sanction de la violation d'une règle de droit. Or une sanction n'est pas aveugle. Elle répond à une certaine finalité, corollaire de la finalité de la règle violée elle-même. Elle doit, par conséquent, être adaptée à ce but, notamment quant à son étendue. En un mot, elle doit être efficace. Pour atteindre à cette fin, il ne suffit pas d'appliquer une recette, de mettre en œuvre un mécanisme aveugle. Il faut encore être attentif aux conséquences de la sanction projetée, à ses répercussions concrètes, au comportement probable des parties et à leurs réactions face à la mesure prise.

A ce point de vue, on pourrait croire, *a priori*, qu'en cas de doute la solution la plus sûre résiderait dans l'anéantissement total de l'acte : ainsi la situation serait claire et nette. Il n'en est rien. Cette idée, selon laquelle la nullité totale efface tout, n'est qu'une survivance de la conception organique des actes juridiques. Très souvent le *statu quo ante* ne peut être rétabli. Et, en toute hypothèse, les parties à l'acte continuent d'exister. Or, si la nullité doit être une sanction, ce n'est pas l'acte qu'il faut sanctionner, mais les parties. On se rend compte rapidement que la sanction la plus radicale, la nullité totale, n'est pas toujours la meilleure, ni la plus efficace. Bien au contraire.

328. — Dans cette optique, il y aurait peut-être lieu d'esquisser une nouvelle classification des règles d'ordre public qui, directement

ou non, emportent prohibition de certaines clauses, opérations ou stipulations excessives.

Dans certains cas, l'ordre public n'aurait qu'un rôle purement négatif : celui de prohiber certaines stipulations ou certains excès, le reste, c'est-à-dire les conséquences de la nullité, lui étant indifférent. L'ordre public n'interviendrait alors que dans la première phase : celle de la nullité elle-même de la stipulation litigieuse, le problème de l'étendue de la nullité étant à résoudre selon les critères habituels : cause ou condition impulsive et déterminante, indivisibilité subjective.

Dans d'autres cas, à travers la prohibition, aspect négatif, l'ordre public aurait une finalité positive (1). Il y aurait lieu, alors, de prendre en considération cette finalité dans la seconde phase du raisonnement, relative à l'étendue de la nullité. Si le résultat obtenu à l'aide des critères intentionnels ne donnait pas satisfaction au point de vue de cette finalité, il devrait être rectifié en conséquence.

En réalité, cette classification des règles d'ordre public en fonction des sanctions qu'elles entraînent n'est pas entièrement nouvelle. Il ne s'agit, au fond, que d'une variante de la distinction entre l'ordre public prohibitif et l'ordre public dispositif.

L'ordre public prohibitif, c'est la police des actes juridiques, pourrait-on dire. Il se contente de déterminer ce qui est défendu. Cette catégorie de règles et de principes correspond aussi à ce qui est parfois appelé l'ordre public classique, dont font partie les bonnes mœurs et dont le but essentiel est d'assigner des limites à la liberté des uns afin de préserver la liberté des autres (2). Cet ordre public est surtout moralisateur. Il constitue aussi le domaine du juge : c'est l'ordre public judiciaire. En dehors de la prohibition elle-même, cet ordre public laisse totale liberté aux parties. L'étendue de la nullité, notamment, lui est indifférente.

L'ordre public dispositif, au contraire, a une finalité positive. Pour lui, la prohibition n'est qu'un moyen et non une fin en soi. Souvent elle n'est qu'une première étape, la loi prévoyant expressément que la disposition légale remplacera la stipulation nulle. Si l'origine de cette catégorie de règles d'ordre public n'est pas récente, son développement considérable, du moins, l'est. Cet ordre public moderne est essentiellement économique et social. Il ne se contente pas de restreindre la liberté ; il est interventionniste : il impose ses vues aux parties. Il est l'instrument d'une politique. Avec de telles caractéristiques, cet ordre public ne peut être que législatif. Contrairement à l'hypothèse précédente, la jurisprudence constitue, cette fois, plutôt

328. - (1) Cf. KHALIL, *op. cit.*, p. 282.
(2) Cf. MALAURIE, *op. cit.*, p. 13.

un frein qu'un moteur. La sanction elle-même est affectée par la finalité positive de cet ordre public et doit être prononcée en fonction de celle-ci. A ce point de vue, l'étendue de la nullité peut avoir une incidence extrêmement importante. C'est cette incidence qui donne sa raison d'être à l'intervention de l'ordre public en notre matière.

329. — S'agissant des modalités de cette intervention, une observation importante mérite d'être faite. Théoriquement, l'ordre public pourra tenir en échec le critère intentionnel de détermination de l'étendue de la nullité de deux façons différentes. Tantôt il exigera une annulation totale là où l'analyse de l'intention des parties aurait fait conclure à une nullité partielle. Tantôt ce sera, inversement, une nullité partielle qui seule le satisfera, alors que l'application du critère intentionnel aurait entraîné une nullité totale. Mais seul ce dernier cas est important en pratique (1).

§ 2. — Les justifications pratiques.

330. — Il ne suffit pas d'affirmer que le but des règles d'ordre public et l'efficacité de leur sanction exigent parfois que la règle d'autonomie de la volonté soit tenue en échec dans la détermination de l'étendue de la nullité. Encore faut-il expliquer en quoi ce critère n'est pas satisfaisant, pour quelles raisons concrètes il doit parfois être écarté.

Ces raisons sont variables. Cela se comprend aisément : l'ordre public n'est pas quelque chose d'unitaire ; c'est un ensemble de règles extrêmement diverses. Au point de vue de l'étendue de la nullité, on peut cependant classer les règles d'ordre public en deux grandes catégories, qui répondent respectivement à des finalités distinctes. Les unes concernent l'intérêt général au sens propre du terme, c'est-à-dire le fonctionnement des institutions nécessaires à la vie de la collectivité. Elles ont un caractère essentiellement économique. On parle d'« ordre public de direction ». Les autres visent à protéger certaines catégories sociales particulièrement défavorisées. Elles répondent à des besoins plus sociaux qu'économiques. Elles tendent à compenser un

329. - (1) M. Malaurie (*op. cit.*, pp. 252 ss.) semble être d'un avis contraire. Il suggère, en effet, que parfois la nullité totale pourrait être nécessaire à titre de châtiment sinon l'auteur de l'illicéité garderait une partie des avantages de l'acte illicite. Il cite comme exemple la taxation (cf. p. 254 et la note 1). Or, nous avons précisément démontré (cf. *supra*, n°s 235-236) que la seule sanction efficace de la taxation était la nullité partielle. En pratique, c'est toujours la nullité partielle impérative que l'ordre public exige, le cas échéant.

déséquilibre chronique dans certains rapports de force contractuels. Il s'agit d'un « ordre public de protection » (1).

331. — En matière d'ordre public de direction, les exemples les plus importants et les plus typiques nous sont fournis par la politique monétaire anti-inflationniste. Dans les conventions entre particuliers, celle-ci se manifeste essentiellement sous deux formes : la prohibition des clauses monétaires et la taxation des prix. En quoi cet ordre public exige-t-il que la nullité partielle sanctionne invariablement l'inobservation de ces règles, au détriment, le cas échéant, du principe d'autonomie ? A travers ses dispositions de pur droit civil, cette législation a une double finalité répressive et préventive, à l'instar des règles du droit pénal spécial. A ces deux points de vue, la nullité partielle impérative est une sanction nettement plus efficace et plus conforme au but de la règle violée que la nullité totale résultant, éventuellement, de l'application du critère intentionnel.

La nullité partielle assure, en premier lieu, une répression plus efficace des violations de la loi (1). Pour qu'une réglementation atteigne son but, il ne suffit pas, en effet, qu'elle soit sévère ; encore faut-il qu'elle soit appliquée. S'agissant d'actes entre particuliers, rien n'est plus facile que la fraude à la loi lorsque les parties à l'acte sont complices. La seule chance pour qu'en matière contractuelle une législation impérative soit effectivement appliquée et pour que les contraventions soient sanctionnées réside dans la dénonciation de celles-ci par les parties elles-mêmes. Et pour que cette dénonciation ait lieu, il faut que le délateur éventuel y trouve un intérêt (2). La perspective

330. - (1) Certes toutes les règles d'ordre public en question ne se prêtent pas, en pratique, à une classification aussi nettement tranchée. Certaines mesures peuvent avoir une finalité double. Souvent leur motivation originaire est unique, mais leurs résultats concrets se manifestent sur les deux plans (sur cette classification des règles d'ordre public et sur l'interférence entre les deux catégories, cf. FARJAT, *op. cit.*, pp. 34 ss. et pp. 118 ss.). Ainsi, la taxation des prix, mesure essentiellement économique, a un effet social bénéfique pour les catégories salariales inférieures. La taxation des loyers a-t-elle une finalité plutôt sociale qu'économique ? Peu importe d'ailleurs. Rien n'empêche qu'il y ait des interférences et que les motivations du caractère impératif de la nullité partielle se cumulent parfois.

331. - (1) Cf. en ce sens : RUBELIN-DEVICHI, chron. précitée au J.C.P., 1965, n° 1922, en particulier n°s 42 ss. ; KHALIL, *op. cit.*, pp. 283 ss.

(2) Un certain nombre d'auteurs ont effectivement relevé que cette particularité constitue une condition d'efficacité des textes violés. Cf. FARJAT, *op. cit.*, pp. 362 ss. ; MALAURIE, note au D. 1956, p. 21 ; VOIRIN, note au D. 1957, p. 230 ; KHALIL, *op. cit.*, pp. 284-285. De telles exigences, tenant à l'efficacité d'un texte impératif, ne se manifestent d'ailleurs pas seulement dans cette matière de l'étendue de la nullité. Cf. FARJAT, *op. cit.*, pp. 386 à 390 : l'auteur critique certaines solutions jurisprudentielles en matière de prohibition du fermage général et de violations du droit de préemption, solutions qui ne se soucient nullement

d'une annulation totale supprime précisément cet intérêt du dénonciateur. Ainsi, un emprunteur hésitera à demander la nullité d'une clause d'indexation si le résultat de son action risque d'être l'annulation totale du contrat et, partant, l'exigibilité immédiate de sa dette. De même, un acheteur qui a payé plus que le prix licite n'agira pas en justice s'il tient à conserver l'objet qu'il vient d'acquérir. Au contraire, l'annulation de la seule clause d'indexation ou la réduction du prix taxé suscitera largement l'action des intéressés s'ils savent avec certitude que la sanction se limitera à cela. C'est par cette conjonction entre l'intérêt de la loi et celui de la partie lésée, et de cette façon seulement, qu'une sanction effective est assurée.

Outre cet effet répressif, la nullité partielle impérative a un effet préventif non moins important. Celui-ci est même double. D'une part, la nullité partielle empêchera le même contractant, qui a imposé la clause monétaire ou le prix excessif, de rééditer immédiatement son stratagème auprès d'un nouveau cocontractant. C'est là un effet préventif immédiat, direct. D'autre part, et de façon plus indirecte, cette solution découragera les éventuels contrevenants d'inclure de telles dispositions dans leurs contrats. Ils n'y auront plus intérêt puisqu'il suffira à leur victime d'en réclamer la radiation, ce que celle-ci ne manquera pas de faire puisqu'elle ne peut qu'y trouver avantage.

Mais pour que la dénonciation ait lieu, pour que les effets préventifs se produisent, il faut nécessairement que la nullité partielle soit une certitude. Si elle n'est qu'une éventualité, la loi n'aura qu'une efficacité très limitée. La volonté des parties doit être écartée d'office. Cette solution n'a d'ailleurs rien de choquant dans la mesure où la seule volonté méconnue, c'est celle du coupable. Lui seul aurait intérêt à demander reconventionnellement la nullité totale de l'acte. Méconnue quant au contenu de ses prétentions, sa volonté doit l'être également lorsqu'il s'agit de l'étendue de la nullité de l'acte (3).

de l'efficacité de la sanction. On peut citer également l'admission de l'action en rescision pour lésion contre le fisc lorsque celui-ci a exercé son droit de préemption : cette admission enlève toute efficacité à l'institution de ce droit de préemption. En droit pénal, en revanche, les tribunaux ont admis, parfois, que le principe d'efficacité écarte certaines règles normalement applicables. Ainsi ils renoncent à mettre en œuvre la règle « *Nemo auditur...* » lorsque l'efficacité de la répression de certains délits est, en fait, subordonnée à leur dénonciation par des victimes qui ne sont pas elles-mêmes irréprochables. Il en est ainsi en matière de proxénétisme.

331. - (3) Un certain nombre d'auteurs avaient, de longue date, relevé que l'efficacité de certains textes d'ordre public ne pouvait être assurée avec les règles du droit commun. Cf. LALOU, note au D.P., 1924, pp. 17 ss., en particulier p. 21 ; VOIRIN, Le sort du contrat contenant une clause « payable en or » ou « valeur-or », Rev. crit., 1926, pp. 337 ss.

« Ou bien l'ordre public est véritablement intéressé à la condamnation des clauses-or, écrit ce dernier auteur (p. 361), et

332. — En matière d'ordre public de protection, la solution de la nullité partielle impérative s'impose avec plus d'évidence encore. Il s'agit généralement d'assurer à certaines catégories sociales, telles que les salariés ou les locataires de différentes sortes, une certaine sécurité contractuelle et d'éviter qu'elles ne soient exploitées, sur le plan pécuniaire, par leur cocontractants.

Les observations concernant les vertus répressives et préventives de la nullité partielle impérative restent entièrement valables pour cette catégorie de règles d'ordre public. Un locataire, par exemple, auquel son bailleur réclame un loyer excessif, ne s'aventurera à agir en justice que s'il est certain que le bail lui-même subsistera.

Mais en outre, s'agissant des dispositions impératives concernant la sécurité et la continuité contractuelle, telles que les règles du droit au renouvellement ou au maintien dans les lieux, d'autres raisons s'ajoutent aux précédentes. La sanction de la nullité totale, ou sa seule éventualité, ne serait pas seulement inefficace : elle serait parfaitement absurde (1). A quoi rimerait, en effet, la nullité totale d'un bail, c'est-à-dire l'expulsion immédiate du preneur, lorsque le vice affectant le contrat réside précisément dans une renonciation illicite au droit au renouvellement ou au droit au maintien dans les lieux, extorquée par le bailleur ?

> « Sous prétexte que le contrat ne permet pas, contrairement à la loi, au locataire d'obtenir le renouvellement de son bail, donc de rester plus longtemps dans les lieux que son bail ne l'y autorise, on l'en évincerait de suite ! Quelle qu'ait été la volonté des parties, l'annulation partielle ne fait pas de doute... », dit M. Farjat (2).

La possibilité d'une annulation totale en vertu du critère intentionnel enlèverait donc toute utilité à cet ordre public de protection, puisque c'est le soi-disant protégé qui en ferait les frais.

Nous savons maintenant pourquoi l'ordre public exige, dans certaines circonstances, que le critère intentionnel de détermination de l'étendue de la nullité soit tenu en échec. Il ne nous reste plus qu'à rechercher quelles sont ces circonstances. Quand l'ordre public joue-t-il ce rôle ?

> l'efficacité de cette condamnation doit être à tout prix assurée, fût-ce en faisant brèche aux principes généraux du droit des obligations... Ou bien l'ordre public invoqué n'est qu'un mythe... »
>
> V° également, à propos de l'article 1793 du Code général des impôts, Dagot, *op. cit.*,, p. 191 :
>
> « Ne risque-t-on pas de rendre caduc le texte de l'article 1793 du Code général des impôts, si l'on admet que la technique juridique l'emporte sur le but fiscal poursuivi par la loi. »

332. - (1) Cf. en ce sens Farjat, *op. cit.*, pp. 362-363.

(2) *Op. cit.*, p. 380.

Section II

RECHERCHE D'UN CRITERE DE L'INTERVENTION DE L'ORDRE PUBLIC EN MATIERE D'ETENDUE DE LA NULLITE

333. — Admettre le principe d'une intervention de l'ordre public dans la détermination de l'étendue de la nullité est une chose ; préciser ses conditions en est une autre, bien plus délicate. En effet, étant donné que l'ordre public ne joue ce rôle qu'exceptionnellement, le principe d'autonomie constituant la règle, il importe au plus haut point de savoir quand il faudra résoudre le problème de l'étendue de la nullité en fonction de l'un ou de l'autre critère.

Quelques rares auteurs se sont préoccupés de cet important problème. Certains ont pensé pouvoir trouver la réponse dans les textes eux-mêmes. D'autres l'ont cherchée dans la qualification des règles de droit violées. Il nous semble qu'une réponse satisfaisante ne peut être trouvée qu'en interrogeant le but même de la loi.

§ 1. — Le critère textuel.

334. — Certains auteurs ont cru pouvoir déceler le critère recherché dans les termes mêmes employés par le législateur. Ils relèvent (1) deux sortes de formules. Tantôt il est prévu que telles clauses ou stipulations « sont nulles et de nul effet ». Tantôt le législateur dispose que telles clauses « sont réputées non écrites » ou encore que tel texte sera obligatoire « nonobstant toute clause contraire ». De la diversité des formules employées, ces auteurs concluent à une différence de régime. Dans le premier cas, le législateur n'aurait qu'un objectif limité, négatif : la nullité de telle clause, le sort du contrat lui étant indifférent. Au contraire, dans la seconde hypothèse, les formules en question auraient une signification beaucoup plus précise : le maintien du contrat quelles qu'aient été les intentions des parties.

Ce système est tout à fait séduisant. Il est à craindre, cependant, qu'il accorde une trop grande valeur aux termes employés par le législateur. Tout au long de ce travail, nous avons rencontré plusieurs

334. - (1) Cf. Martin, Maus et Lafarge, Commentaire du décret du 30 septembre 1953, D. 1954, Lég., pp. 185 ss., en particulier p. 197. Ces auteurs raisonnent sur les seuls textes relatifs au régime des baux commerciaux. Mais si leur système était valable dans ce cas précis, il pourrait sans aucun doute être généralisé.

situations dans lesquelles les tribunaux ne s'en sont pas tenus à la lettre des textes, à commencer par l'article 900 ; peu importe, pour le moment, qu'ils l'aient fait à tort ou à raison. Par ailleurs, le législateur et la doctrine ont en général attaché si peu d'importance au problème de l'étendue de la nullité qu'il est douteux que les rédacteurs du décret du 30 septembre 1953 aient voulu donner une signification implicite si précise aux formules précitées. On peut donc raisonnablement penser, avec M. Farjat (2), qu'

> « il est en tout cas plus qu'hasardeux de contruire une théorie de l'annulation partielle obligatoire sur les termes employés par un législateur dont les techniciens mettent en doute qu'il connaisse toujours la portée des termes qu'il emploie... Il n'y a pas d'emploi systématique par le législateur d'expressions consacrées. »

Pour se convaincre de la pertinence de cette observation de M. Farjat, il suffit de prendre un exemple dans le cadre même du décret du 30 septembre 1953, à l'occasion duquel ce système a été proposé. L'article 34 déclare :

> « Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le présent décret ou aux dispositions des articles 3-1°, 24 et 28. »

Si l'on suit le critère proposé par MM. Martin, Maus et Lafarge, le droit commun doit s'appliquer en cas de nullité de certaines stipulations en vertu de ce texte. Ainsi, si le contrat de bail contient une clause faisant échec au droit au renouvellement et si cette clause est, par hypothèse, une condition impulsive et déterminante, ce qui n'est nullement impensable, le contrat tout entier doit être anéanti. Ce résultat paraît inadmissible et absurde. L'action du locataire, auquel la loi voulait assurer la continuité du contrat, aboutirait à son éviction immédiate ! Incontestablement ce texte exige que le contrat soit, en toute hypothèse, maintenu (3).

Le critère textuel doit donc être rejeté. Il est simpliste et arbitraire. Il confère une signification excessivement précise aux termes employés par le législateur (4). Mais par quoi faut-il alors le remplacer, puisque aussi bien un critère est indispensable ?

334. - (2) *Op. cit.*, pp. 379-380.

(3) Cf. en ce sens : FARJAT, *op. cit.*, p. 380 et la citation, *supra*, n° 332 *in fine*.

(4) Sur le rôle limité que peut jouer l'énoncé des textes : cf. *infra*, n° 338. En pratique, l'idée des auteurs en question serait le plus souvent exacte s'agissant des formules « sont réputées non écrites » et « nonobstant toute clause contraire ». Mais c'est l'application du droit commun en présence d'une formule telle que « sont nulles et de nul effet » qui ne peut être admise en tant que règle générale.

§ 2. — Le critère tenant à la qualification de la règle de droit violée.

335. — Dans son ouvrage consacré à l'ordre public économique, M. Farjat écrit (1) :

> « Chaque fois qu'un texte d'ordre public économique a prévu la nullité d'un élément du contrat ou la modification du contrat, quels que soient les termes utilisés, quelle qu'ait été la volonté des parties, il convient d'annuler toujours ce seul élément. »

Selon cette formule, l'annulation partielle obligatoire serait une caractéristique propre à l'ordre public économique (2). Il suffirait donc de déterminer ce qui fait partie de cet ordre public économique, c'est-à-dire de qualifier les règles violées, pour savoir quand il y a lieu d'appliquer ou d'écarter le critère intentionnel de l'étendue de la nullité (3).

Quelle est la valeur de cette idée de M. Farjat, en tant que critère de l'intervention de l'ordre public dans la détermination de l'étendue de la nullité ? Bien qu'en pratique elle se révèle généralement exacte, il nous semble que, pour plusieurs raisons, elle ne puisse être admise intégralement.

Ce critère serait-il, tout d'abord, viable en pratique ? Sa mise en œuvre poserait des problèmes extrêmement délicats. Elle obligerait, en effet, le juge à qualifier les règles de droit, à rechercher si elles sont ou non d'ordre public économique. Comment opérerait-il cette distinction ?

335. - (1) *Op. cit.*, p. 382.

(2) On peut invoquer dans le même sens : RUBELIN-DEVICHI, chron. précitée au J.C.P., 1965, n° 1922, qui, parlant du « droit économique » et de la nécessité d'une nullité partielle impérative, écrit (n° 44) : « Le régime des nullités présente une autonomie évidente en la matière. »

(3) Pourtant, le même auteur écrit encore (p. 385) généralisant son idée :

> « Lorsqu'un texte prévoit la nullité d'un élément ou d'une condition du contrat, il importe peu que cet élément ou cette condition ait été une condition *sine qua non* de la conclusion du contrat. Dès lors que l'accord des parties s'est réalisé sur les autres éléments du contrat, cet accord doit être considéré comme réalisé et la nullité le laisse subsister. »

N'est-ce pas une remise en cause pure et simple du principe même en vertu duquel l'étendue de la nullité dépend de l'intention des parties (Comp. A. HUET, R.T.D.Civ.,1967, p. 80, et la citation rapportée *supra*, n° 47.) La généralisation nous paraît abusive. Un doute subsiste cependant. Puisque tout son ouvrage est consacré à l'ordre public économique, M. Farjat n'a-t-il pas voulu, lorsqu'il parle d' « un texte », dire : « un texte d'ordre public économique » ? Cela est plausible, surtout si l'on rapproche ce passage du précédent. Quoi qu'il en soit, nous ne retiendrons que la première formule, la seconde, prise à la lettre, devant être écartée d'office.

Quant au fond, il y a lieu de se demander si toutes les règles d'ordre public économique exigent réellement que le critère intentionnel de détermination de l'étendue de la nullité soit tenu en échec. Pour répondre à cette question, une fastidieuse vérification serait nécessaire. M. Farjat lui-même n'a pas pris la peine d'y procéder. Il invoque, à l'appui de son idée, un argument extrêmement simple (4) :

> « Qu'importe la volonté des parties sur un élément du contrat dont, de toute façon, elles ne sont pas maîtresses ? »

Cet argument prouve trop et doit être rejeté. S'il était valable, en effet, c'est encore toute recherche d'intention en matière d'étendue de la nullité qui se trouverait écartée. Sous prétexte que la volonté des parties est tenue en échec en ce qui concerne les clauses annulées, on l'écarterait d'office pour la détermination de l'étendue de la nullité ? Cette déduction ne s'impose nullement (5).

Enfin, même si effectivement toutes les règles d'ordre public économique devaient faire exception au critère intentionnel en cas de nullité partielle, il resterait à prouver, pour que le critère de M. Farjat soit valable, qu'elles seules sont dans ce cas. Rien ne permet de l'affirmer. Nous avons vu (6) que certaines règles du droit fiscal, en particulier l'article 1793 du Code général des impôts, exigent la même sanction automatique. Il n'est peut-être pas impossible de les faire entrer dans un concept d'ordre public économique élargi. Mais il se pourrait très bien que d'autres règles d'ordre public exigent la nullité partielle — ou la nullité totale, d'ailleurs — contre la volonté des parties. Il suffit, pour s'en convaincre, de songer à l'article 900 du Code civil dans son inspiration originaire : c'est aussi l'ordre public qui exigeait que les conditions nulles soient réputées non écrites. Mais il ne s'agissait pas d'ordre public économique (7).

L'idée de M. Farjat n'est, au fond, que la constatation selon laquelle ce sont pratiquement toujours des règles d'ordre public économique qui exigent que l'intention des parties soit tenue en échec lors de la détermination de l'étendue de la nullité. Mais une constatation n'est pas une explication. Il ne semble guère possible d'en faire un critère général, d'autant plus que sa mise en œuvre poserait des problèmes extrêmement délicats au juge.

335. - (4) P. 399.

(5) Rappr., *supra*, la note 2 et la référence à une opinion semblable émise par M. A. Huet.

(6) Cf. *supra*, n°s 169-170.

(7) V° également ce qui a été dit *supra*, n° 106, au sujet de l'article 1674 C. civ. et de la renonciation à l'action en rescision pour lésion.

§ 3. — Le critère téléologique.

336. — Ce n'est, nous semble-t-il, que dans le but poursuivi par le législateur, dans l'esprit et dans la finalité des textes, que peut être trouvé le critère que nous recherchons. Certes, ce critère sera d'un maniement plus délicat que celui qu'on a cru pouvoir trouver dans l'énoncé des textes. En revanche, sa mise en œuvre pose moins de problèmes au juge qu'une hypothétique qualification de la règle violée. Enfin et surtout, ce critère est d'autant plus sûr qu'il tranche le problème à sa base même. Nous avons admis, en effet, que les raisons concrètes de cette incidence de la notion d'ordre public sur l'étendue de la nullité résidaient essentiellement dans un souci d'efficacité de la règle de droit. C'est lorsque l'application du critère intentionnel risque de faire manquer son objectif à un texte d'ordre public que ce critère doit être écarté. Il est donc inutile de chercher ailleurs le critère de cette intervention de l'ordre public : il suffit de se demander si le but visé par le législateur n'est pas compromis par l'application du droit commun.

Généralement, cette finalité devrait pouvoir être décelée sans grandes difficultés. Le plus souvent, il suffira d'envisager les conséquences de l'application éventuelle du critère intentionnel pour s'apercevoir qu'elles sont inacceptables ou même absurdes. Nous avons rencontré plusieurs exemples de ce genre. Lorsque la nécessité d'écarter le critère habituel n'apparaît pas à l'évidence, le juge interrogera l'esprit des textes. La question se posera essentiellement en matière d'ordre public économique et social. Il s'agit là d'un ordre public « politique », en ce sens qu'il est l'expression et l'instrument de mise en œuvre d'une orientation idéologique du législateur. C'est donc en fonction de cette orientation, c'est-à-dire de la finalité profonde visée par le législateur, qu'il y aura lieu de se demander si telle sanction, conforme au droit commun de l'étendue de la nullité, devra finalement être adoptée ou écartée. Cette sanction doit être adaptée au but visé. En un mot : elle doit être efficace.

Dans le texte de la règle violée, le juge trouvera, par conséquent, la mesure de ce qui est illicite ; dans le but visé par le législateur à travers ce texte il recherchera la mesure de ce qui doit être annulé.

337. — Si tel est le principe, il est pourtant des cas dans lesquels cette recherche du juge pourra encore être facilitée par la teneur même des textes. Car si nous avons écarté le critère textuel de l'intervention de l'ordre public, cela ne signifie nullement que l'énoncé des règles d'ordre public n'ait aucun rôle à jouer. Certes, l'idéal serait que le législateur prévoie lui-même les cas dans lesquels le critère habituel de l'étendue de la nullité doit être tenu en échec. Mais le fait

est qu'il ne l'a pratiquement jamais fait. Pourtant, certaines formules employées par lui constituent des indices permettant de découvrir le but visé. Ainsi, lorsque le législateur déclare que tel contrat produira tel effet « nonobstant toute clause contraire », il est permis de penser qu'il a implicitement voulu que le contrat en question produise cet effet en toute hypothèse, même, et surtout, lorsque les parties ont expressément voulu l'écarter.

Dans ce dernier cas, le législateur modifie donc impérativement le contrat tel qu'il a été voulu par les parties. C'est ce qui a fait dire à un auteur (1) :

> « après avoir été chirurgien, il (l'ordre public économique) se fait orthopédiste ».

Cette remarque met bien en évidence les deux phases du raisonnement à tenir en présence d'un litige relatif à un texte de ce genre. Il y a, d'une part, la constatation de la nullité d'une clause ou du caractère excessif d'un *quantum*, cette clause ou ce *quantum* n'étant pas conforme aux prescriptions impératives de la loi. Incontestablement, il se pose là un problème d'étendue de la nullité. Et il y a, d'autre part, la substitution des prescriptions en question à la stipulation annulée (2). Cette seconde étape relève de l'interventionnisme législatif dans le contrat. Mais les deux phénomènes ne sont pas forcément liés, sinon par le fait que cette substitution ne peut intervenir que si le juge a d'abord opté pour la nullité partielle. Cependant, en fait, ces hypothèses dans lesquelles la substitution est prévue par la loi correspondent pratiquement toujours à des situations dans lesquelles la nullité partielle doit être impérative (3).

L'expression « nonobstant toute clause contraire » peut donc être considérée comme un indice — mais comme un indice seulement, qui doit être étayé à l'aide d'autres éléments — dont on peut déduire que le but du législateur a été la nullité partielle impérative. On peut en dire autant, mais avec un degré de certitude moindre, de l'expression « est réputée non écrite... » (4). Dans les autres cas, notamment lorsque le texte se contente de déclarer nulles telles clauses ou lorsqu'il

337. - (1) FARJAT, *op. cit.*, p. 368.
(2) Cf. Soc., 1er février 1968, Bull., 1968.V, n° 76, p. 64 : les deux étapes du raisonnement y sont nettement distinguées.
(3) Le Code civil italien renferme un texte exprès (art. 1419 II), en vertu duquel le contrat partiellement nul est maintenu chaque fois que la stipulation annulée se trouve remplacée d'office par les dispositions légales impératives correspondantes.
(4) En tout cas, l'interprétation actuelle de l'article 900, dans lequel figure cette expression, ne peut pas être invoquée à l'encontre de cette signification présumée de ces termes. Bien au contraire, lorsque l'article 900 a été rédigé, la sanction recherchée était précisément la nullité partielle impérative.

ne prévoit expressément aucune sanction, c'est à l'aide d'autres indices que le but de la règle violée doit être recherché. Les travaux préparatoires, le contexte législatif, ainsi que les éléments indiqués plus haut (5), permettront généralement d'apporter facilement la réponse.

CONCLUSION

338. — Cette ébauche du rôle de l'ordre public en matière d'étendue de la nullité tient autant, sinon plus, de l'étude *de lege ferenda* que de celle du droit positif. En effet, ce rôle est, dans l'ensemble, méconnu par la jurisprudence et par la doctrine dominantes.

En jurisprudence, cette prise en considération des impératifs de l'ordre public en matière d'étendue de la nullité est des plus sporadiques. Quelques décisions ont eu effectivement recours, de façon plus ou moins explicite, aux arguments en question pour refuser d'étendre la nullité d'une clause à l'ensemble de l'acte (1). Mais le plus souvent les tribunaux n'ont pas cru pouvoir faire exception aux règles habituelles gouvernant l'étendue de la nullité. La nullité totale en matière de prix taxés constitue un exemple flagrant de ce comportement (2). Enfin, dans certains cas, le juge adopte une position intermédiaire. Comme le dit M. Malaurie (3) :

> « Le juge... habille l'ordre public sous une prétendue volonté contractuelle plutôt que d'en faire expressément état. »

Cette attitude est particulièrement nette en matière de clauses monétaires (4).

Une telle incohérence est évidemment regrettable. Sans même parler de l'efficacité de l'intervention du législateur, qui est compromise, cette situation est néfaste pour la sécurité du commerce juridique puisque des solutions contradictoires font leur apparition : un raisonnement est admis dans telle hypothèse, non dans telle autre, alors qu'il était également justifié dans les deux cas. Pour l'application d'un même texte, certaines juridictions reconnaîtront éventuellement l'incidence de l'ordre public sur l'étendue de la nullité, d'autres croiront devoir s'en tenir aux critères habituels. La Cour suprême pourrait-elle, du moins, exercer un contrôle en cette matière ? Les juges du fond motivent, en principe, souverainement leurs solutions en matière

337. - (5) Cf. n° précédent.

338. - (1) Cf. *supra*, n° 81 et les références citées en note 1 ; n° 98 et les références citées en notes 2, 3 et 4 ; n° 122 et les références citées en note 1.

(2) Cf. *supra*, n°s 234 ss.

(3) Rapport à la réunion de l'Association H. Capitant en 1952, t. VII, p. 765. V° également son ouvrage précité sur l'ordre public et le contrat, p. 248, ainsi que FARJAT, *op. cit.*, p. 394.

(4) Cf. *supra*, n°s 80 ss.

d'étendue de la nullité au moyen de l'intention des parties. Pourtant, si l'ordre public exige que ce critère soit tenu en échec, il semble bien qu'il s'agisse là d'une question de droit. La Cour suprême pourrait donc casser des décisions qui auraient appliqué à tort le critère intentionnel de l'étendue de la nullité. Cependant, si une telle attitude des magistrats de la Cour de cassation est plausible, elle est infiniment improbable en l'état actuel du droit positif. D'une part, le problème de l'étendue de la nullité est généralement considéré comme une question tout à fait secondaire, à laquelle on n'attache que très peu d'importance. D'autre part, le rôle subsidiaire de la notion d'ordre public n'a été aperçu qu'occasionnellement et fragmentairement par les tribunaux. Il est loin de constituer l'élément de l'arsenal jurisprudentiel qu'il devrait être. Seule une directive explicite du législateur, de préférence dans le cadre d'un texte général relatif au problème de l'étendue de la nullité, semble pouvoir apporter une solution d'ensemble satisfaisante (5).

339. — En doctrine, la situation n'est guère différente. Mis à part quelques auteurs, favorables à l'intervention de l'ordre public dans la détermination de l'étendue de la nullité, la doctrine dominante estime qu'à moins de textes explicites les critères traditionnels ne peuvent être écartés. A propos des rares décisions qui, en matière de clauses monétaires, ont refusé d'annuler le contrat principal par souci d'efficacité, un auteur (1) écrit :

> « Le raisonnement ne manque pas d'une certaine logique, mais il nous paraît condamnable en ce qu'il maintient une situation contractuelle contraire à la volonté des parties, et cela en violation flagrante de l'article 1172... »

Le doyen Ripert lui-même semble ne pas admettre ce maintien forcé du contrat partiellement annulé (2) :

> « Nous ne connaissons pour limiter la force contractuelle que le moyen brutal de la nullité. Le législateur se trouve dans l'alternative de tout briser ou de tout subir. La convention est loi suivant l'article 1134 ou n'est rien suivant l'article 6. Ce tout ou rien n'est pas satisfaisant pour l'ordre économique. Il faudrait pouvoir pétrir le contrat,... le faire servir à l'ordre économique. »

338. - (5) Cf. *infra*, n°s 382 et 389.

339. - (1) J. Noirel, L'influence de la dépréciation monétaire dans les contrats de droit privé, *in* Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée, Etudes sous la direction de Paul Durand, 1961, p. 138. Cf. également Hubrecht, *op. cit.*, p. 360. V°, dans le même sens, *supra*, n° 99 et les références citées en note 1.

(2) L'ordre économique et la liberté contractuelle, Mélanges Gény, t. II, p. 353.

Dans une certaine mesure, la nullité partielle impérative permet précisément d'éviter ce « tout ou rien », et de « faire servir » le contrat à l'ordre public économique.

Parfois les auteurs ont d'ailleurs mal compris ce rôle de l'ordre public en matière d'étendue de la nullité. C'est ainsi que M. Viravaud écrit (3), à propos des baux commerciaux :

> « Il résulte de cette étude que la jurisprudence TEMPÈRE le caractère d'ordre public et les conséquences de la nullité de l'article 34 du décret du 30 septembre 1953... Elle annule la clause contraire à la règle légale et oblige les parties à se plier aux dispositions de la loi, mais elle répugne nettement à annuler le contrat de bail. »

Cette attitude des tribunaux, dans la mesure où elle est effective, est tout le contraire d'un tempérament au caractère d'ordre public du texte en question : elle est un renforcement de ce caractère. En effet non seulement l'ordre public prohibe les clauses contraires au statut légal mais il impose aux parties le maintien du contrat amputé afin d'arriver à ses fins (4). Il écarte donc à deux reprises successives la règle d'autonomie.

339. - (3) *Op. cit.*, pp. 175-176.

(4) Le même auteur croit trouver (cf. p. 175) dans l'article 79, al. 3 *in fine* de l'ordonnance du 30 décembre 1958, modifiée par l'article 14 de l'ordonnance du 4 février 1959, relative à l'indexation, un texte qui institue explicitement un tel cas de nullité partielle impérative. Il y a là une erreur manifeste d'interprétation. Cf. à ce sujet, *supra*, note 2 n° 83.

Conclusion du Titre Premier.

340. — Cette étude des bases du système français en matière de nullité partielle laisse une impression curieuse de déception mêlée de satisfaction.

Déception devant les multiples défauts de ce système. De façon plus ou moins heureuse, la jurisprudence résout le problème de l'étendue de la nullité à l'aide de critères variés alors que ce problème est pourtant unique. L'ensemble est d'une complexité bien inutile. Certaines incidences ont en outre été quasi totalement négligées. Tel est le cas du rôle que la notion d'ordre public devrait jouer en cette matière.

Le bilan n'est cependant pas totalement négatif. Le principal aspect positif réside dans la constatation qu'à travers les divers critères mis en œuvre par la jurisprudence, c'est un principe unique qui gouverne, en fait, l'étendue de la nullité : l'autonomie de la volonté. Son intervention est simplement soumise à une condition préalable : la divisibilité matérielle de l'acte. En outre, il y a lieu d'admettre un certain nombre d'exceptions, motivées par les exigences de l'ordre public. A partir de ces données, une réforme du droit positif peut être envisagée. Et dans ce but, l'examen de certains systèmes juridiques étrangers est extrêmement instructif.

TITRE II

L'ETENDUE DE LA NULLITE « DE LEGE FERENDA »

CHAPITRE PREMIER

Les leçons du droit comparé : examen des systèmes allemand et suisse.

341. — L'examen des systèmes étrangers nous semble particulièrement utile en notre matière. En effet, si en France le problème de l'étendue de la nullité n'a guère préoccupé la doctrine et a été résolu de façon plus ou moins empirique par les tribunaux, il n'en a pas été de même dans un certain nombre de pays étrangers, dont la législation possède un texte général relatif à ce problème. De ce fait, celui-ci a été largement étudié par les auteurs des pays en question.

Nous nous limiterons à l'examen de deux systèmes voisins particulièrement typiques : ceux des législations allemande et suisse. Il ne saurait être question, cependant, d'en faire ici une étude complète et, notamment, de confronter les solutions concrètes particulières telles qu'elles ont cours en France et dans ces pays. Le système seul nous intéresse. Certes, il sera indispensable d'en déterminer le champ d'application. Mais il y aura lieu de se demander si le texte s'applique à tel type de situation et non si telle hypothèse précise est résolue d'une certaine façon. C'est donc un schéma d'ensemble que nous tenterons de dégager.

Les résultats de cette recherche, joints et confrontés aux conclusions que nous avons tirées de l'étude du droit positif français, formeront une masse de renseignements extrêmement abondante et diversifiée quant à ses sources. A partir de cette base, il nous sera possible de proposer des solutions constructives en vue d'une réforme du droit positif français.

Section I

LE SYSTEME ALLEMAND

342. — C'est dans l'article 139 du Code civil que l'on trouve, en droit allemand, la solution de principe du problème de l'étendue de la nullité :

> « *Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde* » (1).
>
> « Lorsqu'une partie d'un acte juridique est nul, l'acte tout entier est nul, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que, sans la partie nulle, il aurait été cependant conclu. »

La première conséquence du libellé de ce texte est que la nullité totale constitue la règle, la nullité partielle l'exception.

Cependant, de la façon abstraite dont ce texte est rédigé, il n'est guère éloquent. Encore faut-il savoir ce qui est entendu par une « partie » d'un acte juridique. Il s'agit donc, en premier lieu, d'étudier le domaine d'application de ce texte, ainsi que sa signification pro-

342. - (1) La bibliographie relative au problème de la nullité partielle et de l'article 139 est extrêmement abondante. Les traités et commentaires du Code civil allemand développent largement la question. Cf. en particulier : Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, zweiter Halbband, 1955, § 202 IV, pp. 867 ss. ; J. von Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, Allgemeiner Teil, Erläutert von Dr. F. Brändl und Dr. H. Coing, 11. neubearbeitete Auflage 1957, § 139 ; Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Auflage I. Band, 1959, § 139 (cité : Reichsgerichtsräte-kommentar) ; Lehmann, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs, 14. Auflage, 1963, pp. 158 ss. ; Werner Flume, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, II. Band, Das Rechtsgeschäft, § 32, pp. 570 ss. ; Palandt (et autres), Bürgerliches Gesetzbuch, 24. Auflage, 1965, § 139. Parmi les articles et monographies, il y a lieu de citer surtout : Natter, Die teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, BGB § 139, Dissertation Tübingen, 1907 ; André, Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte, *in* Festgaben für Enneccerus, Marburg, 1913 ; Herzog, Quantitative Teilnichtigkeit, Dissertation Göttingen, 1926 ; Lang, Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, § 139 BGB, Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 32, Berlin, 1926 ; Spethmann, Zur Wirkung der Teilnichtigkeit. Ein Beitrag zu § 139 BGB, Dissertation, Kiel, 1930 ; Josephthal, Die Vorschriften über die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften (§ 139 BGB und Art. 20 Abs. 2 OR)... Dissertation, Basel, 1933 ; Dahmen, Teilweise nichtige Rechtsgeschäfte. Beiträge zu §§ 139, 313 und 138 BGB, Dissertation, Göttingen, 1949 ; Lappe, Die Teilnichtigkeit des gesetz- oder sittenwidrigen Rechtsgeschäftes, Dissertation, Münster, 1950.

fonde. Il sera non moins important d'examiner ensuite les conditions et les limites de son application. Ce n'est qu'au terme de ces investigations que l'on aura une vue d'ensemble suffisante du système.

§ 1. — Le domaine d'application de l'article 139.

343. — L'étendue du champ d'application de l'article 139 du Code civil allemand dépend essentiellement du sens que l'on attribue à la notion de « partie » d'un acte juridique. Selon qu'on en donnera une définition large ou restreinte, l'importance concrète du texte sera extrêmement variable. Or, les auteurs allemands, afin de faire régir par l'article 139 toutes les hypothèses pratiques de nullité partielle, donnent le sens le plus large possible à la notion de « partie ». Ils aboutissent, de ce fait, à des définitions assez surprenantes *a priori*.

> « Le concept de partie d'un acte juridique doit être défini selon un point de vue pratique et économique, dit un auteur (1). Pour ce faire, il faut garder en vue que l'article 139 règle la question de savoir si, le cas échéant, le reste d'un acte juridique peut subsister ou non. A juste raison, le concept de partie d'un acte juridique a, par conséquent, été défini en jurisprudence de telle sorte qu'on a considéré comme partie d'un acte juridique toutes les dispositions dont la suppression dans l'acte laisse cependant subsister quelque chose qui pouvait constituer le contenu d'un acte juridique autonome. »

Assez curieusement, c'est donc par rapport à ce qui reste valable dans l'acte qu'on définit le concept de partie nulle et non par rapport au contenu propre de ce qui est nul. Il y a partie nulle chaque fois que ce qui n'est pas touché par le vice est susceptible d'une existence juridique autonome.

Cette définition est le point d'aboutissement d'une longue évolution. Mais elle exprime assez bien l'opinion de la grande majorité des auteurs. En fait, il s'agit d'une définition *a posteriori*. C'est afin de faire régir par l'article 139 toutes les hypothèses dans lesquelles le problème de l'étendue de la nullité s'est posé en pratique qu'une formule aussi large a été retenue (2).

344. — Parmi ces hypothèses, celle qui est la plus simple et à laquelle on songe en premier lieu, c'est la nullité d'une clause acces-

343. - (1) STAUDINGER, *op. cit.*, § 139, n° 5.

(2) On ne trouve pas une définition générale, analogue à celle précitée de Staudinger, chez tous les auteurs. Mais ils donnent tous le même contenu concret à la notion de partie. La conception de cette notion est donc identique. Sa définition par une formule générale importe dès lors assez peu. V° cependant, dans le même sens que Staudinger : Reichsgerichtsräte-kommentar, *op. cit.*, § 139, n° 5 ; FLUME, *op. cit.*, p. 573 *in fine*.

soire d'un acte juridique « simple ». Elle ne pose aucun problème particulier quant au principe d'application de l'article 139. En outre, l'applicabilité de ce texte en matière d'actes « complexes » n'a jamais été contestée. Et, à ce point de vue, les auteurs allemands ne font aucune différence entre les actes instrumentaires « complexes », dans lesquels les diverses opérations juridiques composantes sont insérées dans un même écrit, et les actes « complexes » dont les éléments composants sont subjectivement indivisibles tout en étant matériellement distincts (1). La consignation dans un *instrumentum* unique n'est, en fin de compte, qu'une contingence matérielle.

Il est unanimement admis, aussi, en doctrine comme en jurisprudence (2), que l'article 139 s'applique aux hypothèses dans lesquelles un acte est nul vis-à-vis de l'une des personnes-parties à l'acte et valable vis-à-vis des autres. Il peut s'agir soit d'un acte multilatéral, soit d'un acte bilatéral dans lequel le rôle de l'un des contractants est tenu par plusieurs personnes. Lorsqu'un tel acte est nul à l'égard de l'une des personnes seulement, il y a nullité d'une partie de l'acte au sens de l'article 139 (3).

Quelques auteurs laissent entendre qu'un acte juridique peut être partiellement nul au sens de l'article 139 sans qu'en fin de compte il soit en rien modifié extérieurement (4). Donc, la partie nulle n'a pas nécessairement une existence matérielle, se traduisant par une fraction du texte ou seulement par un chiffre excessif. Certains effets que devait produire l'acte peuvent constituer une telle partie, sans que ces effets soient nommément visés dans le corps de l'acte. Il y a tout lieu de croire que le silence de la plupart des auteurs, en ce qui concerne cette hypothèse, peut être interprété comme un accord avec l'opinion précitée. L'ensemble du système, et plus particulièrement la définition large de la notion de partie, militent en ce sens. Il n'y a aucune raison de ne pas appliquer l'article 139 dans un tel cas.

344. - (1) Cf. ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 868 ; STAUDINGER, *op. cit.*, § 139, n° 4 ; Reichsgerichtsräte-kommentar, *op. cit.*, § 139, n° 7 ; LEHMANN, *op. cit.*, p. 159 ; FLUME, *op. cit.*, p. 571 ; PALANDT, *op. cit.*, § 139, n° 2 ; JOSEPHTHAL, *op. cit.*, p. 117.

(2) Cf. ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 869 *in fine* ; STAUDINGER, *op. cit.*, § 139, n° 7 ; Reichsgerichtsräte-kommentar, *op. cit.*, § 139, n° 10 ; FLUME, *op. cit.*, § 31,4, p. 561 et § 32, p. 573 ; PALANDT, *op. cit.*, § 139, n° 2 ; JOSEPHTHAL, *op. cit.*, pp. 130 ss. ; DAHMEN, *op. cit.*, pp. 113 ss. ; LAPPE, *op. cit.*, p. 17.

(3) La terminologie juridique française recèle une homonymie particulièrement gênante en notre matière : elle désigne par le même terme de « partie » la personne même des contractants et, dans un sens plus courant, les éléments composants de l'acte juridique. La langue allemande évite cet écueil ; elle possède deux termes : « *Partei* » pour le premier sens, « *Teil* » pour le second.

(4) Cf. en particulier STAUDINGER, *op. cit.*, § 139, n° 5 *in fine*.

345. — C'est en matière de nullité pour excès quantitatif que l'application de l'article 139 a rencontré les difficultés les plus sérieuses. Ce texte permet-il de poser un principe général de réductibilité des stipulations quantitativement excessives ? En droit allemand, celles-ci sont, sauf dispositions particulières, réprimées par l'article 138 du Code civil, qui les déclare immorales (1). Certains auteurs ont pensé que cette immoralité, résidant dans l'excès d'une stipulation essentielle du contrat, ne pouvait entraîner que la nullité totale de celui-ci (2). Selon cette opinion, l'article 139 n'est donc pas susceptible de s'appliquer aux hypothèses tombant sous le coup de l'article 138 ; il n'y a aucun lien entre les deux textes. Cependant, la doctrine dominante et la jurisprudence la plus récente semblent opter pour la thèse inverse (3). L'immoralité, au sens de l'article 138, ne réside que dans l'excès. La stipulation litigieuse n'est donc nulle en vertu de ce texte que dans cette mesure. L'étendue de la nullité finalement prononcée doit être déterminée en fonction de l'article 139 (4). La définition large de la notion de partie au sens de ce texte (5) permet précisément de considérer la différence entre la quantité effectivement stipulée et celle qui serait licite comme une partie de l'acte (6).

345. - (1) L'immoralité dont il s'agit dans ce texte (*Sittenwidrigkeit*) doit être entendue dans un sens extrêmement large. Il dit, en effet :

> « Un acte juridique qui est contraire aux bonnes mœurs est nul.
>
> « Est nul, en particulier, un acte par lequel quelqu'un, en exploitant la nécessité, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui, se fait promettre ou conférer, pour une prestation, des avantages pécuniaires qui excèdent à tel point la valeur de la prestation que, suivant les circonstances, ces avantages pécuniaires se trouvent en disproportion flagrante avec cette prestation. »

Il s'agit, en fait, du texte qui consacre en droit positif allemand la prise en considération de la lésion qualifiée comme vice de toute convention.

(2) Cf. par exemple Flume, *op. cit.*, pp. 574 *in fine*-575.

(3) Elles rejoignent ainsi, par une autre voie, l'idée que nous avons émise pour le droit français, selon laquelle la nullité partielle était la sanction naturelle de la lésion : cf. *supra*, n° 225.

(4) Sur l'ensemble de ce problème des rapports entre les articles 138 et 139 et de l'admission de principe de la nullité partielle sous forme de réduction, cf. Enneccerus-Nipperdey, *op. cit.*, p. 389 et la note 34 ; Flume, *op. cit.*, pp. 574-575 ; Palandt, *op. cit.*, § 139, n° 2 ; Josephthal, *op. cit.*, pp. 22-26 et pp. 35-50 ; Dahmen, *op. cit.*, pp. 32 ss. et pp. 122 ss. ; Lappe, *op. cit.*, pp. 20 ss.

(5) Cf. *supra*, n° 343.

(6) Herzog, *op. cit.*, avait proposé un autre système, *a priori* assez ingénieux. Il divise la stipulation quantitative en deux « parties », l'une portant sur le principe même d'une quantité, l'autre sur son chiffre. En cas d'excès, seule cette seconde serait nulle, la première subsistant. Au juge de fixer, alors, une quantité licite. Les auteurs s'accordent pour reconnaître qu'il s'agit là d'une vue de l'esprit.

346. — Un autre obstacle à l'admission de la réductibilité des obligations excessives résidait dans le refus, par certains auteurs (1), d'accorder au juge le pouvoir d'intervention (2) dans la sphère contractuelle qu'impliquerait une telle réductibilité. Pourtant, un auteur (3) a trouvé, croyons-nous, les arguments décisifs pour écarter cette objection. Son raisonnement mérite d'être exposé ici, car il peut être transposé tel quel dans le droit français, où le même problème s'est posé.

Il s'agit tout simplement de savoir si, en notre matière, la réduction des stipulations excessives (4) exige un tel pouvoir d'intervention.

> « Il y a un véritable pouvoir d'intervention judiciaire, dit cet auteur (5), lorsque le pouvoir est conféré au juge d'intervenir et de modifier des relations juridiques existantes. En droit positif, cela n'existe que dans de rares cas. »

Après avoir donné un certain nombre d'exemples, il poursuit (6) :

> « Si l'on se réfère à cette conception du pouvoir d'intervention judiciaire, il apparaît qu'il est trompeur de parler d'un pouvoir d'intervention judiciaire à propos de la nullité partielle quantitative (7) en vertu de l'article 139 du Code civil. Lors de l'application de cette disposition légale, il s'agit non pas d'intervenir dans des relations juridiques existantes, mais de savoir si un acte juridique qui est partiellement nul peut être maintenu dans la mesure où il est valable ou s'il doit succomber entièrement à la nullité. Le juge décide par conséquent seulement s'il y a lieu de s'en tenir à la nullité partielle d'ores et déjà intervenue en vertu d'autres dispositions légales ou si la nullité totale doit être adoptée. »

Par conséquent, ce n'est pas le juge qui modifie l'acte, c'est la loi. Il n'y aurait pouvoir d'intervenir du juge que si lui-même pouvait décider si tel acte est partiellement nul. Or, il ne peut que le constater. En tout cas, il ne saurait y avoir aucun problème lorsque la loi

346. - (1) FLUME, *op. cit.*, p. 582, semble particulièrement hostile à un quelconque pouvoir d'appréciation du juge.
(2) Nous utilisons cette expression française usuelle pour traduire : « *das richterliche Gestaltungsrecht* » ; littéralement : le droit du juge de façonner, c'est-à-dire de transformer l'acte.
(3) LAPPE, *op. cit.*, pp. 86-89.
(4) Cet auteur étudie le problème à propos de la nullité partielle sous forme de réduction, car c'est à ce sujet que les objections sont apparues. Mais il fait bien observer (p. 86) que, si un problème existe réellement, il vaut pour tout maintien partiel d'un acte, donc pour toute nullité partielle, et non pas seulement pour celle qui s'opère par la modification d'un chiffre. Nous avons nous-même insisté à plusieurs reprises sur ce point lors de nos développements sur la notion de réduction en droit français : cf. *supra*, n°s 317 *in fine*, 319 *in fine*, 321.
(5) P. 87.
(6) P. 88.
(7) C'est ainsi que la doctrine allemande désigne généralement la réduction.

fixe des limites quantitatives absolues et précises. En revanche, dit l'auteur (8) :

> « Des doutes peuvent donc seulement apparaître lorsqu'il ne s'agit pas de limites nettement déterminées, mais lorsque la loi contient seulement une indication générale, comme celle des bonnes mœurs dans l'article 138 du Code civil. Il résulte cependant de ce qui a été dit dans les deux paragraphes précédents que là également on ne peut pas parler d'un pouvoir d'intervention judiciaire. Il a été constaté que... la nullité de l'article 138 du Code civil ne va pas au-delà du motif de l'immoralité, qui réside, dans les cas de dépassement d'une limite maximum, dans l'excès. Ce sont donc des effets légaux qui motivent la nullité partielle quantitative et non l'intervention réformatrice du juge dans un rapport juridique existant.... car la décision du juge n'a aucun effet constitutif, puisque l'intervention résultait de la loi (9). »

Certes, un grand pouvoir est ainsi reconnu au juge, dans la mesure où c'est lui qui fixe la limite précise de la validité partielle. Mais ce pouvoir d'appréciation n'est pas plus exorbitant ici que dans d'autres matières.

C'est surtout la constatation des multiples inconvénients pratiques de la nullité intégrale des stipulations excessives qui a poussé les auteurs et la jurisprudence à opter pour l'application simultanée des articles 138 et 139 et à admettre le principe de la réductibilité. A ce stade est cependant apparue une autre difficulté : le critère de l'étendue de la nullité de l'article 139 étant l'intention des parties, l'application intégrale de ce texte aboutissait le plus souvent à la nullité totale de l'acte (10). C'est là précisément ce que l'on voulait éviter. Nous verrons ultérieurement (11) comment ce problème est résolu. Mais dès maintenant, il est frappant de constater à quel point les mêmes impératifs pratiques ont poussé, en Allemagne comme en France, à l'adoption des mêmes solutions, alors que l'infrastructure textuelle est, sur ce point, fondamentalement différente.

347. — Ainsi donc, l'article 139 du Code civil allemand s'applique, dans son interprétation actuelle, à toutes les variétés de nullités partielles que nous avons pu relever dans la pratique judiciaire française. Une première conclusion importante peut être tirée de cette constatation : il est possible, de *lege ferenda*, de faire régir par un texte unique cet important problème de l'étendue de la nullité.

Cela ne signifie d'ailleurs nullement que toutes les hypothèses concrètes, dans lesquelles un acte est partiellement nul, puissent ou doivent être résolues de façon uniforme, selon une règle unique. Ainsi

346. - (8) Pp. 88 *infine*-89.
(9) V° dans le même sens : JOSEPHTHAL, *op. cit.*, p. 50.
(10) Cf. en particulier sur ce point : DAHMEN, *op. cit.*, pp. 39 ss.
(11) Cf. *infra*, n° 356.

en est-il, en droit positif allemand, de l'article 139. Il constitue un principe général. Mais il ne s'applique qu'à certaines conditions et comporte un certain nombre d'exceptions. Nous examinerons successivement le principe et ses limites.

§ 2. — La signification de la solution de principe contenue dans l'article 139.

348. — L'idée de base de l'article 139, c'est que les parties entendent normalement faire d'un acte juridique qu'elles concluent un tout indissoluble. Ce texte pose donc une présomption d'indivisibilité. Une réalisation partielle de l'objectif visé ne doit pas pouvoir être imposée aux parties contre leur volonté (1). C'est donc leur intention qu'il y a lieu d'interroger pour déterminer l'étendue de la nullité. Mais quelle est cette intention qui servira de critère ? Sur ce point, les explications des auteurs sont souvent assez confuses.

En effet, cette volonté sur laquelle on fonde l'étendue de la nullité n'a jamais existé. Il est rarissime que les parties aient prévu expressément — ou même seulement envisagé —, lors de la conlusion de l'acte, que celui-ci puisse être partiellement vicié (2). Cette situation n'a pas manqué d'engendrer un certain nombre d'inexactitudes de raisonnement. Ainsi, n'est-il pas contradictoire d'affirmer, d'une part :

> « Dans un contrat il faut donc vérifier si les déclarants s'en seraient cependant tenus à leurs déclarations si la nullité partielle avait été connue par eux, »

et, d'autre part :

> « les deux parties doivent avoir voulu le mantien de la partie valable de l'acte juridique » (3) ?

348. - (1) Cf. FLUME, *op. cit.*, pp. 570 et 587. V° également : STAUDINGER, *op. cit.*, § 139, n° 13 ; Reichsgerichtsräte-kommentar, *op. cit.*, § 139, n° 16 ; JOSEPHTHAL, *op. cit.*, p. 33 ; DAHMEN, *op. cit.*, p. 84.

(2) La plupart des auteurs estiment même que, lorsque les parties ont sciemment introduit dans leur acte une stipulation nulle, l'article 139 ne s'applique pas, car dans ce cas seule la partie valable de l'acte a une valeur juridique. Ils refusent aux auteurs de l'acte la possibilité de le faire annuler intégralement en vertu de l'article 139 puisque, par hypothèse, ils ont voulu cet acte et qu'ils savaient au départ que la stipulation nulle ne pouvait avoir aucune efficacité. Cf. ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 871 ; STAUDINGER, *op. cit.*, § 139, n° 6 ; Reichsgerichtsräte-kommentar, *op. cit.*, § 139, n° 11 ; LEHMANN, *op. cit.*, p. 159, n° 4 ; FLUME, *op. cit.*, pp. 575 *in fine*-576 ; PALANDT, *op. cit.*, § 139, n° 3 ; LAPPE, *op. cit.*, pp. 62 ss. *Contra :* JOSEPHTHAL, *op. cit*, pp. 12 ss. Il nous semble que l'opinion de ce dernier auteur doive être suivie. V° dans le même sens : TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 71 *in fine*-72.

(3) Cf. ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, pp. 870-871.

Comment pourraient-elles avoir voulu ce maintien alors que, par hypothèse, elles ignoraient au départ la nullité partielle ? Comme le dit très justement un auteur (4) :

> « Ce n'est ni la nullité totale, ni la nullité partielle, mais seulement la validité totale qui est voulue. »

Or, c'est bien leur volonté lors de la conclusion de l'acte qui peut seule être prise en considération et non celle qu'elles pourraient exprimer au moment du litige (5).

En réalité, la volonté qu'il faut prendre en considération dans le cadre de l'article 139, ce n'est pas une volonté que les parties ont réellement eue, mais une « VOLONTÉ HYPOTHÉTIQUE » (6). Il s'agit de savoir ce qu'elles AURAIENT fait si elles avaient connu le vice infectant partiellement l'acte. Auraient-elles cependant conclu cet acte dans la mesure où il est valable, ou s'en seraient-elles abstenues entièrement (7) ? Selon la réponse apportée à cette question, la nullité finalement prononcée sera totale ou partielle.

De prime abord, un tel critère paraît extrêmement subtil. Il est déjà difficile, parfois, pour le juge, de déceler la volonté réelle des parties, notamment lorsqu'il s'agit d'interpréter les contrats. Peut-on lui demander de rechercher une volonté qui, en fait, n'a jamais existé, une volonté hypothétique ? A cela on peut répondre, d'une part, comme le dit un auteur (8) :

> « Si un acte, dont une partie est défectueuse, avait été conclu par ses auteurs même sans cette partie, la loi n'a aucune raison de ne pas reconnaître leur volonté. »

Toute solution catégorique différente serait donc arbitraire et injustifiée. D'autre part, cette volonté hypothétique est peut-être plus facile à déterminer en pratique qu'il n'y paraît dans l'abstrait. Il y aura lieu de tenir compte du but visé par les parties, de l'utilité de la partie valable de l'acte en fonction des intérêts en présence, des intentions exprimées, des usages dans tel type de relations, etc... (9). Un certain nombre de facteurs objectifs viennent donc faciliter la preuve. Et, en fin de compte, le texte de l'article 139 pose une pré-

348. - (4) FLUME, *op. cit.*, p. 587.
(5) Cf. ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 870 ; Reichsgerichtsräte-kommentar, *op. cit.*, § 139, n° 17 ; LAPPE, *op. cit.*, p. 74.
(6) Cette expression est utilisée par plusieurs auteurs. Cf. en particulier : FLUME, *op. cit.*, pp. 578 ss., n° 5, qui fait une mise au point extrêmement claire en ce qui concerne le contenu du critère intentionnel de l'article 139. V° également : LAPPE, *op. cit.*, p. 70.
(7) Cf. Reichsgerichtsräte-kommentar, *op. cit.*, § 139, n° 17 ; FLUME, *op. cit.*, p. 579 ; LEHMANN, *op. cit.*, p. 159.
(8) STAUDINGER, *op. cit.*, § 139, n° 13.
(9) Cf. STAUDINGER, *op. cit.*, § 139, n° 13 ; FLUME, *op. cit.*, p. 580 ; LAPPE, *op. cit.*, pp. 74 ss.

somption dans le sens de la nullité totale. Si, par conséquent, une partie prétend que l'acte doit être partiellement maintenu, c'est à elle qu'incombe la charge de prouver que, si le vice avait été connu, l'acte aurait été cependant conclu, à l'origine, sans la partie nulle. Si elle n'apporte pas cette preuve, la nullité sera, dans le doute, totale. La mise en œuvre de ce critère, reposant sur une volonté hypothétique, ne pose donc aucun problème insoluble. Un tel système est extrêmement opportun et utile. Il constitue un compromis entre deux exigences délicates à concilier : la nécessité de ne pas imposer aux parties le maintien partiel d'actes qu'elles n'auraient pas conclus tels quels et celle de favoriser le plus possible le commerce juridique en n'annulant les actes viciés que dans la mesure de ce qui est nécessaire. Comme le disent des auteurs (10) :

> « il s'explique fondamentalement par la tendance de la loi à protéger et à maintenir dans la mesure du possible les actes juridiques une fois conclus ».

349. — Tel est le contenu du critère intentionnel de l'article 139. S'agissant maintenant de la mise en œuvre de ce critère, un certain nombre de particularités méritent d'être relevées. Cette recherche de la volonté hypothétique des parties ne peut jamais donner lieu à une preuve parfaite, puisque aussi bien il s'agit d'établir une intention qui n'a jamais existé.

> « Il faut être clairement conscient du fait, dit un auteur (1), qu'il s'agit d'une appréciation (2) et non de la constatation de la volonté hypothétique en tant que fait certain. La problématique de l'article 139 est illustrée de façon plus saisissante si l'on pose la question d'une manière différente de l'énoncé de la loi et des formulations usuelles : le ou les auteurs de l'acte juridique auraient-ils, en tant que personnes raisonnables, eu égard à la partie non viciée par la cause de nullité, maintenu l'acte si, immédiatement après sa conclusion, ils avaient été placés dans l'alternative de décider si l'acte devait valoir en partie ou pas du tout... La particularité de cette appréciation, dans la mise en œuvre de l'article 139, réside dans le fait qu'elle ne conduit pas nécessairement à une décision. En cas de « *non liquet* », l'ensemble de l'acte est nul en vertu de la disposition de la loi. »

Pour l'admission de la nullité partielle, l'article 139 n'exige donc pas une véritable preuve. Les termes utilisés sont d'ailleurs assez significatifs. Le texte ne dit pas : « s'il n'est pas prouvé que... », mais : « s'il n'y a pas lieu d'admettre que... ». Les parties soumettent donc au juge un certain nombre de données et d'indications : texte de l'acte,

348. - (10) Cf. Reichsgerichtsräte-kommentar, *op. cit.*, § 139, n° 17.
349. - (1) Flume, *op. cit.*, pp. 580 *in fine*-581.
(2) « *Wertung* », dit le texte. La traduction littérale serait : évaluation. Il s'agit donc de quelque chose d'approximatif.

but visé, motif de sa conclusion, intérêts en présence, utilité de la partie valable, etc..., dont le juge déduira si oui ou non il y a « lieu d'admettre que, sans la partie nulle, (l'acte) aurait été cependant conclu ».

350. — Trois solutions sont, en fin de compte, possibles. Ou bien le juge sera convaincu que l'acte aurait été conclu sans la partie nulle, et il prononcera la nullité partielle. Ou bien, au contraire, sa conviction sera que les intéressés auraient plutôt renoncé à l'acte tout entier, et il optera pour la nullité totale. Ou bien, enfin, les arguments avancés par les parties sont à tel point contradictoires et peu convainquants que le juge n'aura pu se forger aucune opinion ni déceler aucune volonté hypothétique : dans ce cas la nullité sera encore totale en vertu de l'article 139 aux termes duquel, en cas de doute, la nullité d'une partie d'un acte entraîne la nullité de l'acte tout entier. En réalité, cette dernière situation sera, selon toute vraisemblance, rarissime (1). Généralement l'une des deux issues du litige : nullité partielle ou totale, apparaît, en quelque sorte comme normale dans une hypothèse donnée. Elle ne sera écartée que si les parties établissent que des circonstances particulières justifient une exception à cette solution.

Il résulte de ces observations que la présomption de nullité totale contenue dans l'article 139 n'a, malgré les apparences, qu'une importance minime. En effet, ce qui est essentiel, dans ce texte, c'est que l'étendue de la nullité est fonction d'un critère intentionnel. En pratique, lorsque le problème se pose, la nullité est infiniment plus souvent partielle que totale (2). L'article 139, dit un auteur (3) :

> « n'a à proprement parler pour signification que le fait de lever des doutes éventuels sur le point de savoir si effectivement une fraction seulement d'un acte juridique peut être nulle et, en outre, de procurer aux parties la possibilité d'écarter, par la preuve qu'ils ne l'auraient pas conclu, un contrat qu'on voudrait faire valoir contre leur volonté. »

351. — La présomption d'indivisibilité résultant de l'article 139, qui ne joue que dans les cas exceptionnels dans lesquels aucune volonté hypothétique ne peut être décelée, entraîne cependant une conséquence extrêmement importante, relative à la charge de la preuve. Puisque la nullité est totale « s'il n'y a pas lieu d'admettre

350. - (1) Cf. LAPPE, *op. cit.*, p. 72.

(2) Un auteur (LAPPE, *op. cit.*, p. 73) pense que le texte de l'article 139 correspondrait mieux à la situation réelle si l'on y ajoutait le terme « *nur* », ce qui donnerait la traduction suivante :

> « Lorsqu'une partie d'un acte juridique est nulle, l'acte tout entier est nul « seulement » s'il n'y a pas lieu d'admettre... »

(3) JOSEPHTHAL, *op. cit.*, p. 33.

que... », c'est à celui qui prétend faire maintenir l'acte d'établir qu'il y a, précisément, lieu d'admettre qu'il aurait été conclu même sans la partie nulle. On sait à quel point l'attribution de la charge de la preuve peut avoir une incidence décisive sur l'issue du litige.

Pour diverses raisons, plusieurs auteurs allemands (1) critiquent, sur ce point, le système de l'article 139.

> « La répartition de la charge de la preuve, dit notamment M. Dahmen (2), doit correspondre à la solution vraisemblablement équitable du conflit d'intérêts »,

ce qui n'est pas le cas, puisqu'en pratique la nullité partielle est beaucoup plus fréquente que la nullité totale. La solution allemande, poursuit le même auteur (3), était motivée par un excès de libéralisme qui ne correspond plus aux conceptions actuelles. Elle oblige celui qui veut que l'acte soit maintenu, dit encore M. Dahmen (4), à prouver que l'autre partie aurait également conclu l'acte, c'est-à-dire, en pratique, que le cocontractant n'a pas d'intérêts légitimes à faire valoir dans le sens de la nullité totale. Cette preuve est extrêmement difficile à apporter. Le système inverse obligerait celui qui invoque la nullité totale à faire valoir ses propres intérêts, ce qui serait plus logique et plus simple. En outre, le principe de la nullité partielle correspondrait mieux à la réalité.

Certains admettent, d'ailleurs, que la présomption, ainsi que la charge de la preuve, doivent être renversées dans certains cas, notamment lorsqu'il s'agit d'actes « complexes », donc d'actes comportant plusieurs opérations juridiques distinctes (5) et, toujours selon M. Dahmen (6), chaque fois que, pour un type de litige donné, la solution probable *a priori* est la nullité partielle, ce qui est très souvent le cas. Pour justifier une affirmation de prime abord aussi audacieuse, cet auteur invoque et développe une théorie qu'il intitule : « *prima facie Beweis* », c'est-à-dire : « preuve selon la première apparence ». De façon générale, lorsqu'une preuve doit être apportée, il y a le plus souvent une « première apparence » en faveur de l'une ou de l'autre solution. Ainsi, si un objet est brisé dans un local pendant

351. - (1) Cf. FLUME, *op. cit.*, pp. 581-582 ; STAUDINGER, *op. cit.*, § 139, n° 13 ; et surtout DAHMEN, *op. cit.*, pp. 71-86.
(2) *Op. cit.*, p. 80.
(3) *Op. cit.*, pp. 84-85.
(4) *Op. cit.*, p. 78.
(5) Cf. en ce sens : Reichsgerichtsräte-kommentar, *op. cit.*, § 139, n° 23. Comp. : PALANDT, *op. cit.*, § 139, n° 3 ; JOSEPHTHAL, *op. cit.*, p. 121. Pour ces derniers auteurs, la charge de la preuve et la présomption ne doivent être renversées que s'il s'agit d'actes juridiques matériellement distincts et qui sont éventuellement indivisibles. Cela paraît normal, voire évident. Pourtant, la règle est unique.
(6) *Op. cit.*, pp. 87-96.

qu'une personne s'y trouve, la « première apparence » désigne cette personne comme responsable. Si elle veut se disculper, c'est à elle de prouver qu'elle n'y est pour rien. C'est donc à celui qui veut combattre la « première apparence » qu'incombe la charge de la preuve. Or, en matière d'étendue de la nullité, l'expérience montre effectivement qu'il y a des solutions qui apparaissent comme normales, qui semblent *a priori* opportunes. A celui qui prétend s'écarter de cette norme de se justifier.

Dans une très large mesure, la pratique semble confirmer l'opinion de Dahmen (7), bien que l'idée qui en est à la base ne soit guère formulée, ni en doctrine, ni en jurisprudence. Lorsque dans un litige donné, la nullité partielle apparaît ainsi comme la solution normale, celui qui devrait, aux termes de l'article 139, établir que l'acte aurait été conclu même sans la partie nulle par l'autre contractant, sera considéré comme ayant apporté cette preuve en invoquant la « première apparence ». C'est alors à l'autre partie que le juge demandera de prouver, le cas échéant, pour quelles raisons la solution du litige devrait s'écarter de la norme. De cette façon la charge de la preuve est en fait, sinon en droit, renversée.

Connaissant maintenant la signification de la règle contenue dans l'article 139, il ne nous reste plus qu'à déterminer dans quelle mesure cette règle s'applique. L'étude des conditions d'application de l'article 139 nous permettra de fournir toutes précisions utiles sur ce point.

§ 3. — Les conditions d'application de l'article 139.

352. — L'article 139 pose un principe général de détermination de l'étendue de la nullité selon un critère intentionnel. Il a donc vocation à s'appliquer chaque fois qu'un problème d'étendue de la nullité se pose. Nous avons pu vérifier l'exactitude de cette proposition en constatant qu'il était invoqué, en pratique, à propos de toutes les catégories de nullité partielle qui se présentent en jurisprudence (1). En outre, la doctrine allemande unanime admet que la règle de l'article 139 vaut pour toutes les causes de nullité (2). Toutefois, un cer-

351. - (7) Il le prouve lui-même, en passant en revue les différentes catégories de nullité partielle : *op. cit.*, pp. 97-127.

352. - (1) Cf. *supra*, § 1er nos 343 ss.

(2) Dans la théorie des nullités, la doctrine allemande distingue très nettement et étudie séparément la nullité proprement dite (*Nichtigkeit*) et l'annulabilité (*Anfechtbarkeit*, littéralement : « attaquabilité »). Cette distinction correspond, dans ses grandes lignes, à notre classification des nullités absolues et relatives. L'article 139 ne parle que de « *Nichtigkeit* ». Mais les auteurs admettent tous qu'il s'applique également aux cas d' « *Anfechtbarkeit* ». Cf. en particulier : ENNECCERUS-

tain nombre de limites et d'exceptions doivent être admises. Celles-ci sont de trois ordres : il faut que la nullité partielle soit matériellement réalisable, qu'aucune solution contraire à celle que fournirait l'article 139 ne soit exigée, expressément ou tacitement, par un texte particulier, qu'enfin l'article 139 ne soit pas invoqué contrairement aux règles de la bonne foi (3).

1) La divisibilité objective.

353. — La nullité partielle doit, tout d'abord, être matériellement réalisable. Il s'agit, en fait, du problème de la divisibilité objective, que nous avons également rencontré en droit français (1). Cette divisibilité objective constitue une condition préalable (2) qui, si elle n'est pas remplie, rend inutile toute discussion relative à l'étendue de la nullité. Or, pour diverses raisons, la nullité partielle peut être objectivement irréalisable. Tel est le cas, d'une part, si le vice affecte, dans son essence même, un élément essentiel de l'acte (3). En réalité, la définition la plus récente de la notion de « partie » au sens de l'article 139 (4) implique cette solution. En effet, on est en présence

Nipperdey, *op. cit.*, p. 870 ; Staudinger, *op. cit.*, § 139, n° 10 ; Palandt, *op. cit.*, § 139, n° 1 ; Flume, *op. cit.*, p. 583.

352. - (3) Les auteurs allemands sont également unanimes à refuser d'appliquer l'article 139 lorsque l'inefficacité partielle de l'acte résulte d'un événement postérieur à sa conclusion, notamment de l'intervention d'une loi nouvelle prohibitive. Cf. Staudinger, *op. cit.*, § 139, n° 11 ; Reichsgerichtsräte-kommentar, *op. cit.*, § 139, n° 15 ; Lehmann, *op. cit.*, p. 159 ; Palandt, *op. cit.*, § 139, n° 1 ; Flume, *op. cit.*, pp. 577 *in fine* et 583 *in fine*. Il ne s'agit pas là, à proprement parler, d'une limite à l'application de l'article 139 puisque, en l'occurrence, il n'y a pas nullité. Celle-ci est toujours un vice originaire. Le problème est relatif à l'exécution de l'acte. Cependant, cette particularité, que les auteurs allemands prennent le soin de relever, méritait de l'être également ici, puisque cette question a précisément créé des difficultés en France et est encore l'objet de confusions : cf. *supra*, note 4 n° 41 et note 2 n° 183.

353. - (1) Cf. *supra*, n°s 296-301.

(2) Les auteurs allemands étudient cette question parmi les « *Voraussetzungen* » à l'application de l'article 139. Ce terme signifie justement « conditions préalables » ou « présuppositions ». Cf. Enneccerus-Nipperdey, *op. cit.*, p. 869, note 34 ; Lehmann, *op. cit.*, p. 158 ; Palandt, *op. cit.*, § 139, n° 2 ; Josephthal, *op. cit.*, p. 21 ; Lappe, *op. cit.*, pp. 11-12.

(3) Cf. Enneccerus-Nipperdey, *op. cit.*, p. 869 ; Reichsgerichtsräte-kommentar, *op. cit.*, § 139, n° 5 ; Lehmann, *op. cit.*, p. 15 ; Flume, *op. cit.*, pp. 573-574 ; Josephthal, *op. cit.*, pp. 10-11 ; Dahmen, *op. cit.*, p. 38 ; Lappe, *op. cit.*, p. 16. Il en est différemment si cet élément essentiel n'est atteint que dans son *quantum*. Dans ce cas, son essence subsiste et l'acte est viable ; cf. en ce sens : Enneccerus-Nipperdey, *loc. cit.* ; Flume, *op. cit.*, p. 574 ; Josephthal, *op. cit.*, pp. 22-23 ; Dahmen, *op. cit*, pp. 38 ss. ; Lappe, *op. cit.*, pp. 19 ss., en particulier pp. 34-35.

(4) Cf. *supra*, n° 343.

d'une « partie » chaque fois que le reste de l'acte est susceptible d'une existence juridique autonome. Même si l'élément essentiel vicié est matérialisé par une clause précise de l'acte, cette clause ne sera pas une « partie » au sens de l'article 139. En revanche, un excès quantitatif d'une durée, d'un prix ou seulement des effets de l'acte constituera une « partie » même si, le cas échéant, son annulation ne modifie en rien la rédaction primitive de l'acte. Il y a indivisibilité objective, d'autre part, lorsqu'une prestation d'un contrat synallagmatique est partiellement nulle et que la contre-prestation ne peut être divisée. En pratique, il s'agit essentiellement de l'hypothèse d'un prix global qui ne peut être ventilé (5).

Cette première limite à l'application de l'article 139 relève, en définitive, de la stricte logique.

2) La valeur subsidiaire de l'article 139.

354. — Une seconde limite est à la fois moins évidente et infiniment plus importante et plus délicate à manier : l'article 139 ne s'applique que si une autre solution n'est pas exigée par le texte dont il résulte que l'acte est partiellement vicié. C'est ce que certains auteurs (1) n'ont pas hésité à appeler la « valeur subsidiaire de l'article 139 ».

> « En premier lieu il faut toujours se demander, dit M. Flume (2), si la règle de droit particulière, en vertu de laquelle l'acte juridique est en partie nul, ne résout pas également, expressément ou d'après son sens, le problème de savoir si la nullité affecte l'acte juridique tout entier ou seulement la partie en question. »

Les textes particuliers, qui résolvent eux-mêmes le problème de l'étendue de la nullité et qui excluent, par conséquent, le recours à l'article 139, sont essentiellement de deux sortes. Les uns constituent des exceptions expresses à ce texte, les autres des exceptions tacites.

355. — Il ne saurait être question de faire ici un inventaire des textes du droit allemand qui contiennent des dispositions plus ou moins explicites relatives à l'étendue de la nullité. Il suffira de retenir que, comme en droit français d'ailleurs, de tels textes existent et qu'ils sont relativement nombreux (1). Quelques-uns d'entre eux méritent

353. - (5) Cf. Reichsgerichtsräte-kommentar, *op. cit.*, § 139, n° 18 ; Palandt, *op. cit*, § 139, n° 2 ; Flume, *op. cit.*, p. 575.

354. - (1) Cf. Flume, *op. cit.*, p. 576 ; Lappe, *op. cit.*, p. 61.

(2) *Op. cit., loc. cit.*

355. - (1) Les auteurs allemands qui étudient le problème de l'étendue de la nullité en citent généralement un certain nombre, à titre d'exemples. Cf. Flume, *op. cit.*, p. 576 ; Lappe, *op. cit.*, pp. 50 ss et p. 61 ; Dahmen, *op. cit.*, pp. 80 ss. ; Josephthal, *op. cit.*, pp. 135-136 ; Palandt, *op. cit.*, § 139, n° 2 ; Enneccerus-Nipperdey, *op. cit.*, p. 872 ; Staudinger, *op. cit.*, § 139, n°* 15 ss. ; Reichsgerichtsräte-kommentar, *op. cit.*, § 139, n° 14.

cependant une attention particulière, du fait, notamment, de leur importance concrète. Ainsi l'article 2085 du Code civil allemand pose, en matière de testament, une règle inverse par rapport à celle de l'article 139 :

> « L'inefficacité (2) de l'une parmi plusieurs dispositions (3) contenues dans un même testament n'a pour conséquence l'inefficacité des autres dispositions que lorsqu'il y a lieu d'admettre que le testateur n'aurait pas fait celles-ci sans la disposition inefficace. »

Le principe est donc, cette fois, la nullité partielle. Cela s'explique par le « *favor testamenti* » que l'on retrouve, sous diverses formes, dans de nombreux systèmes législatifs, notamment en droit romain déjà. Mais l'étendue de la nullité reste déterminée en fonction de l'intention du testateur. Toujours en matière testamentaire, l'article 2195 contient une règle analogue à la précédente, relative aux charges :

> « L'inefficacité d'une charge n'a pour conséquence l'inefficacité de l'attribution soumise à cette charge que lorsqu'il y a lieu d'admettre que le testateur n'aurait pas réalisé l'attribution sans la charge. »

Cette première sorte de dérogations à l'article 139, résultant de textes explicites, ne pose guère de problèmes. Il suffisait de faire remarquer que le principe énoncé dans ce texte ne s'applique qu'à défaut de dispositions législatives particulières.

356. — Mais il est, précisément, une seconde catégorie d'exceptions à ce principe, qui ne sont expressément inscrites dans aucun texte et dont la mise en œuvre est, de ce fait, infiniment plus délicate. Les auteurs allemands récents admettent pratiquement tous que de telles exceptions, qui résident dans le fait que le critère intentionnel doit être écarté dès lors qu'un impératif supérieur l'exige, existent.

Il n'y a, pourtant, pas de différence de nature entre cette catégorie d'exceptions et la précédente, qui résultait de textes explicites. Comme le dit un auteur (1), l'article 139 s'applique seulement :

355. - (2) Il y a lieu de remarquer que ce texte concerne non seulement la nullité (*Nichtigkeit* et *Anfechtbarkeit*), mais toute inefficacité, notamment l'impossibilité d'exécuter résultant d'une cause postérieure à la mort du testateur et la caducité. Cf. PALANDT, *op. cit.*, § 2085, n° 2.

(3) Le terme « disposition » est ici la traduction de « *Verfügung* ». Il est donc pris dans le sens de « disposition à cause de mort » et non dans celui, plus général, de clause de l'acte. La précision est importante, car dès lors que la partie nulle du testament ne porte pas disposition de certains biens, l'article 2085 n'est plus applicable et c'est le droit commun de l'article 139 qui reprend ses droits. Cf. à ce sujet : PALANDT, *op. cit.*, § 2085 et les références citées.

356. - (1) FLUME, *op. cit.*, p. 578.

« si la norme d'annulation ne règle pas elle-même le problème de la nullité partielle. »

Or, cette norme, en vertu de laquelle un acte est partiellement nul, peut précisément contenir la solution du problème de l'étendue de la nullité sous une forme expresse ou tacite (2).

Mais la difficulté essentielle réside justement dans la découverte et dans la détermination de ces solutions exceptionnelles tacites. Seul le but de la loi peut fournir le critère (3). C'est généralement à propos d'hypothèses particulières dans lesquelles, malgré le silence des textes sur ce point, la nécessité d'écarter le critère intentionnel de l'article 139 s'imposait à l'évidence, que les auteurs sont arrivés à de telles conclusions. Parmi ces hypothèses, celles qui sont le plus fréquemment mentionnées concernent les dispositions relatives aux prix taxés (4), les stipulations des contrats de travail contraires à des « prescriptions de protection sociale impératives » (5), les règles protectrices en matière de baux (6) et de salaire minimum (7). C'est également dans le cadre de l'étude de la sanction des stipulations quantitativement excessives et nulles en vertu de l'article 138 que ce problème s'est posé. Selon une première opinion, seule la nullité totale pouvait sanctionner l'immoralité de telles stipulations (8). Mais cette solution n'était guère satisfaisante en pratique. Aussi a-t-on proposé alors de considérer qu'il n'y a immoralité, et partant nullité, que dans la mesure de l'excès, l'étendue de la nullité étant en définitive déterminée en fonction de l'article 139. Ce second système, apparemment plus logique, n'était cependant guère plus satisfaisant, car l'application du critère intentionnel aboutissait quasiment toujours à la nullité totale (9), ce qu'il fallait précisément éviter. La seule solution satisfaisante était donc l'admission d'une nullité partielle impérative, exigée en toute hypothèse par le but visé par le législateur à travers

356. - (2) Cf., *supra*, n° 354, la citation de M. FLUME, ainsi que : PALANDT, *op. cit.*, § 139, n° 2 ; LAPPE, *op. cit.*, p. 61.

(3) Les auteurs parlent tantôt du sens du texte : « *Sinn* » (FLUME, *op. cit.*, pp. 576-577), tantôt du but de la loi : « *Gesetzeszweck* » (PALANDT, *op. cit.*, § 139, n° 2 ; LAPPE, *op. cit.*, p. 61 et pp. 83-84 ; STAUDINGER, *op. cit.*, § 139, n° 20 ; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 871). En réalité, il s'agit toujours de la même notion de finalité du texte.

(4) Cf. STAUDINGER, *op. cit.*, § 139, n° 20 ; FLUME, *op. cit.*, p. 577 ; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 872 ; PALANDT, *op. cit.*, § 139, n° 2 ; LAPPE, *op. cit.*, p. 61.

(5) Cf. STAUDINGER, *op. cit.*, § 139, n° 16 ; FLUME, *op. cit.*, p. 576.

(6) Cf. FLUME, *op. cit.*, p. 576 ; PALANDT, *op. cit.*, p. 139, n° 2.

(7) Cf. FLUME, *op. cit.*, p. 577 ; PALANDT, *op. cit.*, p. 139, n° 2.

(8) Cf. *supra*, n° 345.

(9) Cf. DAHMEN, *op. cit.*, pp. 39 ss.

les dispositions prohibitives de l'article 138 (10), l'article 139 étant, dans ces conditions, inapplicable (11).

Cette seconde catégorie de dérogations légales au principe de l'article 139 donne un singulier relief à la « valeur subsidiaire » que les auteurs allemands attribuent à ce texte (12). Chaque fois que le juge allemand aura à résoudre une question de nullité partielle, il devra, avant de recourir au critère intentionnel de l'article 139, vérifier, d'une part, si aucun texte particulier n'apporte une solution différente au litige et, d'autre part, si le but de la règle violée par la partie nulle de l'acte n'exige pas que le critère intentionnel soit écarté.

357. — Il est assez curieux de constater que les mêmes difficultés se présentent en droit allemand et en droit français, malgré l'existence dans celui-là d'un texte général relatif à l'étendue de la nullité. En fin de compte, tout en ne niant pas l'avantage, la nécessité même, d'un tel texte, il faut bien reconnaître que les solutions concrètes sont approximativement les mêmes dans les deux systèmes : c'est la règle d'autonomie qui constitue en principe le critère de l'étendue de la nullité. Jusque là, pas de difficulté majeure. Mais s'agissant des exceptions à ce principe, exigées par le but de certaines dispositions législatives, par l'efficacité de leur sanction, en un mot par l'ordre public, le droit allemand connaît les mêmes difficultés que le droit français. Il s'agit là d'un problème extrêmement délicat, qui n'est clairement résolu dans aucun des deux systèmes législatifs. Il y a tout au plus lieu d'observer que la doctrine allemande a plus généralement pris conscience de ce problème, alors qu'en France quelques auteurs récents seulement en ont aperçu, jusqu'à présent, l'importance. Par ailleurs, il n'est pas sans intérêt de faire remarquer que le critère que préconisent implicitement tous les auteurs allemands pour déterminer quand la règle de l'article 139 doit être écartée est très exactement le même que celui que nous proposions en droit français (1), à savoir le but de la loi, le critère téléologique.

3) Le rôle de la notion de bonne foi.

358. — Les auteurs allemands apportent généralement une troisième limite à l'application de l'article 139 : l'intervention de la

356. - (10) En ce sens : Dahmen, *op. cit.*, pp. 43-44 ; Lappe, *op. cit.*, p. 84.
(11) Cf. Dahmen, *op. cit.*, pp. 45 ss., § 7. On remarquera le curieux cheminement suivi dans l'évolution de l'interprétation de cet article 138. Dans une première étape, on dit qu'il ne peut être sanctionné que par la nullité totale. Puis on considère qu'il faut tempérer sa sanction par l'article 139. Enfin on déclare que ce dernier texte est inapplicable et que l'article 138 exige à lui seul la nullité partielle en toute hypothèse.
(12) Cf. *supra*, n° 354.
357. - (1) Cf. *supra*, n° 336.

notion de bonne foi (1). Cette nouvelle exception ne repose, cette fois, sur aucun fondement législatif, même implicite. Il s'agit d'une création purement doctrinale (2), confirmée par un certain nombre d'applications jurisprudentielles. Cette construction n'a, contrairement à la précédente, aucun correspondant en droit français, sinon dans le fait que quelques rares auteurs ont parfois relevé des anomalies qui, précisément, correspondent à cette idée (3).

Celle-ci est la suivante : l'application de l'article 139 et, plus précisément, du critère intentionnel de détermination de l'étendue de la nullité, ne peut pas être réclamée par l'une ou l'autre des parties à l'acte contrairement aux règles de la bonne foi.

> « Le fait, pour l'une des parties, d'invoquer la nullité de l'acte tout entier peut, le cas échéant, être inconciliable avec la bonne foi ; il en sera ainsi, par exemple, si l'une des parties, dans le but de se soustraire à ses obligations, invoque la nullité d'une disposition qui avait pour seul objet les intérêts ou la protection de l'autre partie. » (4).

Il ne s'agit d'ailleurs pas là d'un impératif propre à la matière de l'étendue de la nullité. Cette exception au critère intentionnel de l'article 139 n'est, au contraire, que l'application d'un principe général, ce qu'un auteur relève à juste titre (5) :

358. - (1) « *Treu und Glaube.* » Cette question est examinée par ces auteurs de façon plus ou moins détaillée et sous des titres variables. Les uns parlent effectivement de « *Treu und Glaube* », les autres d'« *exceptio doli generalis* » ou de « *Einrede der allgemeinen Arglist* », ce qui n'est que la traduction de l'expression latine précédente ; d'autres encore se placent sous l'angle de l'intérêt à agir. En fait, il s'agit toujours de la même idée. Ainsi, celui qui n'a aucun intérêt à la nullité d'une partie d'un acte ne peut qu'être de mauvaise foi s'il cherche à obtenir l'annulation de la partie valable au moyen de l'article 139. Cf. en ce sens : FLUME, *op. cit.*, p. 587 *in fine*. Pour la définition de cette notion de bonne foi, cf. *infra*, à propos du droit suisse, n° 369, en particulier la citation de M. DESCHENAUX.

(2) V° en particulier : ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 871 ; FLUME, *op. cit.*, pp. 584-588 ; LAPPE, *op. cit.*, pp. 79-80, et les références citées par ces auteurs. Doctrine et jurisprudence ne semblent cependant pas être entièrement d'accord sur ce problème. Certains auteurs (Reichsgerichtsräte-kommentar, *op. cit.*, § 139, n° 16) pensent qu'il n'est pas possible d'opposer à une partie qui demande la nullité totale « *die Einrede der allgemeinen Arglist* » et invoquent également des décisions jurisprudentielles à l'appui de leur opinion.

(3) Cf. *supra*, en note 5 n° 97, une citation tirée d'une note de M. VOIRIN au D.P., 1932.II.17, sous un arrêt de la Cour de Nancy du 11 février 1931. V° également la note ESMEIN sous le même arrêt au S. 1933.II.97. Cf. aussi, en jurisprudence cette fois, le jugement rendu par le Tribunal civil de Mayenne le 26 novembre 1936 (J.C.P., 1937, n° 126, G.P., 1937.I.213), cité *infra* au n° 384.

(4) ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit., loc. cit.*

(5) LAPPE, *op. cit*, p. 80.

« L'exercice des droits doit être en harmonie avec la bonne foi et les bonnes mœurs (6). »

En fin de compte, ce n'est qu'une application pure et simple de la notion d'abus de droit.

359. — Il suffit de passer en revue les exemples jurisprudentiels que citent les auteurs (1) pour se rendre compte que ce correctif apporté à l'article 139 est d'une utilité, voire d'une nécessité, certaine. Reprenons-en quelques-uns.

Dans un bail commercial (2) avaient été inclus d'une part une clause de non-concurrence, d'autre part un droit de préemption. Ce dernier n'avait pas été exercé par le locataire au moment du litige. La clause de non-concurrence, en revanche, avait été violée. Le contrevenant, pour se tirer d'affaire, invoque la nullité du contrat de bail au motif que la clause accordant le droit de préemption était nulle pour vice de forme. Cette dernière clause, dont l'intéressé ne réclamait pas exécution, n'avait aucun rapport avec le litige né de la violation de la clause de non-concurrence. Sa nullité, et la nullité du bail lui-même en vertu de l'article 139, n'étaient manifestement invoquées que comme un prétexte. Le « *Reichsgericht* » repoussa cette action en nullité intentée de mauvaise foi.

Un exemple analogue au précédent peut être trouvé dans la combinaison d'un prêt avec deux sûretés : un gage et un cautionnement (3). La caution ne peut pas, pour se libérer de ses obligations, invoquer la nullité du gage et prétendre que cette nullité entraîne celle du prêt lui-même ainsi que celle du cautionnement en vertu de la règle « *Accessorium sequitur principale* ».

S'agissant des clauses stipulées dans l'intérêt exclusif de l'une des parties, les hypothèses pourraient être multipliées. Les auteurs citent généralement celle d'une vente à crédit ou d'un prêt avec une sûreté (4). En cas de nullité de la sûreté, le vendeur ou le prêteur peut, le cas échéant, demander la nullité du contrat en prétendant qu'il n'aurait pas contracté sans la sûreté. Mais l'acheteur ou l'emprunteur ne peut pas prendre prétexte de cette nullité de la sûreté pour réclamer l'annulation totale (5). Il ne peut avoir aucune raison valable

358. - (6) L'expression « bonnes mœurs » est la traduction littérale de « *die guten Sitten* ». Il s'agit des bonnes mœurs dans un sens très large, proche de celui d' « usages ».

359. - (1) V° en particulier : LAPPE, *op. cit.*, *loc. cit.*, et FLUMET, *op. cit.*, *loc. cit.*

(2) L'exemple est cité par FLUME, *op. cit.*, p. 585.

(3) Cf. FLUME, *op. cit.*, p. 586 ; JOSEPHTHAL, *op. cit.*, p. 128.

(4) Cf. FLUME, *op. cit.*, p. 586 ; LAPPE, *op. cit.*, p. 79.

(5) Il faut en conclure qu'en cas de nullité d'une stipulation qui profite exclusivement à l'une des parties, celle-ci est libre de demander ou non la nullité totale de l'acte. Mais si elle déclare qu'elle préfère s'en tenir malgré tout à la partie valable de l'acte, son cocontractant ne peut

de le faire puisque la nullité de la sûreté ne peut que lui profiter. En aucun cas il ne peut prétendre qu'il n'aurait pas contracté sans cette sûreté. Comme le dit un auteur (6) :

> « Cette solution est conforme à l'esprit, sinon à la lettre de l'article 139... Il faut se libérer de la conception organique (7) de la nullité : l'acte n'est pas nul ou valable une fois pour toutes. »

Dans toutes ces hypothèses (8), l'idée de bonne foi, quelle que soit en fin de compte la formule employée : abus de droit, intérêt à agir,... semble être la seule qui puisse justifier ces exceptions à la règle générale et abstraite contenue dans l'article 139. Ce correctif est d'autant plus important en droit allemand que la nullité totale n'est évitée, en principe, que si la partie qui veut l'écarter prouve que son cocontractant aurait conclu l'acte sans la partie nulle. Cette preuve peut parfois être délicate. Il peut être plus facile pour elle d'établir que l'autre partie réclame de mauvaise foi la nullité totale. Dans cette hypothèse la première preuve devient inutile.

360. — L'étude des conditions auxquelles est soumise l'application de l'article 139 nous a permis de mettre en relief sa véritable importance. Celle-ci n'est pas négligeable, mais elle est moins capitale

pas s'y opposer, puisque lui-même ne pouvait pas demander la nullité totale. C'est ce que déclare le « *Reichsgericht* » (*Juristische Wochenschrift*, 1916, p. 390. Citation reproduite par FLUME, *op. cit.*, p. 586) dans l'affaire de la vente à crédit avec concession d'une sûreté :

> « Si le créancier, qui est seul intéressé par la constitution de la sûreté, veut s'en tenir, malgré sa nullité, à la partie restante de l'acte, le débiteur doit s'y soumettre... »

A priori, une telle nullité partielle imposée par l'une des parties à l'autre peut surprendre, puisque précisément l'idée de base de l'article 139 était d'éviter de telles nullités partielles (cf. *supra*, n° 348). En réalité, il ne s'agit pas ici d'une nullité partielle imposée, puisque le débiteur en question ne peut que tirer avantage de la nullité de la sûreté et que, pour lui, l'acte atteint pleinement son objectif. Cf. en ce sens : FLUME, *op. cit.*, pp. 587 *in fine* et 588.

359. - (6) FLUME, *op. cit.*, p. 588.

(7) Nous traduisons très librement, par ces termes, l'expression « *naturwissenschaftliche Auffassung* » : conception naturaliste, de la science naturelle. Il semble bien que cela corresponde à l'expression française usuelle de « conception organique ».

(8) Dans le passage précité (*supra*, n° 358) de Enneccerus-Nipperdey, il est question également des dispositions qui ont pour objet la protection de l'une des parties. Selon ces auteurs, c'est également la notion de bonne foi qui, dans une telle hypothèse, interdit à l'autre partie d'invoquer la nullité totale de l'acte sous prétexte que la disposition protectrice en question est nulle. Cette explication est plausible. Mais il nous semble préférable de fonder ici la nullité partielle impérative sur le but visé par la loi et sur l'efficacité de sa sanction. Cf., sur ce point, en droit français, *supra*, n° 332. En tout cas, l'appel à la notion de bonne foi n'est pas indispensable ici puisqu'un autre moyen permet d'obtenir le même résultat.

qu'il n'y paraît *a priori*. Ce texte n'a pas la valeur d'une règle absolue. Un auteur (1) exprime même l'idée :

> « que l'on parvient également à la nullité partielle, sans l'article 139, dans la mesure où effectivement chaque loi ne déclare nulle que la seule partie d'un acte juridique qui contrevient à cette loi. »

L'observation est sans doute exacte. En droit positif français, en l'absence de texte général comparable, les solutions concrètes ne sont guère différentes de celles du droit allemand. L'article 139 indique cependant une ligne directrice, ainsi qu'un critère de principe de l'étendue de la nullité, qui ont précisément fait défaut en droit français, ce qui a provoqué les tâtonnements et incohérences relevées.

La constatation de la valeur subsidiaire de l'article 139 est particulièrement importante. Ce texte ne s'applique que si la lettre ou la finalité de dispositions législatives spéciales ne commande pas une solution différente. Mais même si les exceptions sont plus nombreuses que les applications de la règle, l'existence de celle-ci n'en est pas moins indispensable.

S'agissant de l'ensemble du système allemand de détermination de l'étendue de la nullité, il est incontestablement plus complet et plus perfectionné que le système français, si l'on peut parler de système dans ce dernier cas. Il est donc préférable. Mais il n'est pas absolument parfait. Certaines questions sont encore controversées, en doctrine comme en jurisprudence. Tel est le cas du problème de la nullité partielle en matière d'excès quantitatifs, de celui des exceptions au critère intentionnel fondées sur les exigences de l'ordre public, sur la finalité des textes particuliers, ou encore du rôle de la notion de bonne foi. D'importantes leçons pourront cependant être tirées de cet examen du droit allemand lorsqu'il s'agira de proposer un système d'ensemble, à l'usage du droit français.

Section II

LE SYSTEME SUISSE

361. — La solution de principe du problème que nous étudions se trouve, en droit suisse (1), dans l'alinéa 2 de l'article 20 du Code fédéral des obligations (2). Cet article déclare :

360. - (1) Josephthal, *op. cit.*, p. 33.

361. - (1) La bibliographie relative au problème de la nullité partielle est moins abondante en droit suisse qu'en droit allemand. Les commentaires du Code fédéral des obligations, que ce soit en langue allemande ou française, ne sont pas très nombreux, souvent anciens, et assez suc-

« Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs.

Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles. »

A l'inverse du droit allemand, c'est donc la nullité partielle qui est ici la règle.

Nous examinerons le système de l'article 20, al. 2 du Code fédéral suisse des obligations à la lumière de celui de l'article 139 du Code civil allemand. De nombreux problèmes se posent, en effet, de la même façon dans les deux pays. Nous ne les exposerons que dans la mesure où de nouvelles précisions peuvent être apportées et où des particularités propres au droit suisse méritent d'être relevées.

§ 1. — Le domaine d'application de l'article 20, alinéa 2.

362. — Bien que les textes soient sensiblement différents, on peut dire, dès l'abord, que l'article 20, al. 2 du Code fédéral des obligations s'applique aux mêmes hypothèses de nullité partielle que l'article 139 du code civil allemand. Pour arriver à un tel résultat, il fallait notamment admettre que cet alinéa second de l'article 20 n'était pas seulement un complément de l'alinéa premier. Celui-ci ne vise, en effet, que les contrats ayant un objet impossible, illicite ou immoral. Ce n'est là qu'une faible partie des causes de nullité. Mais les auteurs admettent tous (1) que l'alinéa second est totalement indépendant du premier et qu'il s'applique à toutes les causes de nullité. De plus, ce texte ne vise expressément que le contrat. Il est admis également

cincts en ce qui concerne notre problème. Nous en citerons quelques-uns au fur et à mesure des développements. En revanche, quelques monographies fondamentales sur le problème ont paru. Cf. en particulier : JOSEPHTHAL, Die Vorschriften über die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften (§ 139 BGB und Art. 20 Abs. 2 OR)... Dissertation Basel, 1933, ouvrage déjà cité en droit allemand puisqu'il traite des deux systèmes ; MEYER, Die Teilnichtigkeit der Rechtsgeschäfte, Dissertation, Basel, 1949 ; AESCHLIMANN, Nichtigkeit wegen Widderrechtlichkeit im Sinne von OR 20, unter Berücksichtigung des Kriegswirtschaftsrechts, Dissertation, Zürich, 1949 ; TANDOGAN, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, thèse Lausanne, 1952. V° également l'article signé Paul PIOTET, à la Revue de droit suisse de 1957 : De l'invalidité partielle des actes juridiques spécialement en cas de vice du consentement, pp. 97 ss. Pour une bibliographie plus détaillée, voir celle, extrêmement fournie, que cite M. TANDOGAN en appendice à son ouvrage précité.

361. - (2) La Suisse possède un Code civil et un Code des obligations séparés.

362. - (1) Cf. JOSEPHTHAL, *op. cit.*, p. 8 ; MEYER, *op. cit.*, pp. 50 ss. et p. 183 ; TANDOGAN, *op. cit.*, p. 53. Pour les incidences particulières de l'article 20, al. 2, en matière de vices du consentement, cf. l'article précité de M. PIOTET.

qu'il y a lieu de l'appliquer, par analogie, à toutes les catégories d'actes juridiques, même unilatéraux (2). Une dernière difficulté tenant à la rédaction du texte réside dans le fait qu'il ne vise que la nullité « de certaines clauses ». La notion de clause a normalement un sens relativement précis et restreint : il s'agit des différentes stipulations de l'acte, matérialisées par des phrases ou des paragraphes distincts. Ce n'est cependant pas ainsi qu'il faut entendre le terme de « clause » dans l'article 20, al. 2, disent les auteurs (3). Ils sont tous d'accord pour lui reconnaître une signification beaucoup plus large. D'abord, disent-ils, les versions allemande et italienne du même texte utilisent, à l'instar de l'article 139 du Code civil allemand, le terme de « partie » (4). Celui-ci a un sens beaucoup plus large, plus souple que celui de « clause ». Or, si les trois textes français, allemand et italien utilisent des termes qui n'ont pas exactement la même signification, leur interprétation concrète doit manifestement être la même. Il semble que les travaux préparatoires parlent eux-mêmes de « partie » de l'acte (5). C'est donc bien dans ce sens qu'il faut interpréter l'alinéa 2 de l'article 20. Enfin, rien n'empêche d'adopter une acception beaucoup plus souple de la notion de « clause » que celle qui est couramment admise. Ainsi une stipulation pourra être partiellement nulle, notamment quant à son *quantum :* on admettra qu'il y a nullité d'une clause. Comme le dit M. Tandogan (6) :

> « La nullité n'atteint que les effets du contrat. Le but de l'article 20, al. 2 du Code des obligations sera d'autant mieux réalisé qu'on pourra diviser les effets du contrat de façon à limiter la nullité à la partie atteinte par la cause de nullité. »

C'est donc le problème de la divisibilité des effets qui est primordial. En fin de compte, chaque fois qu'un effet d'un acte juridique sera nul sans que le reste de l'acte le soit nécessairement aussi, cet effet constituera une clause. Une seule condition doit être remplie : l'acte en question, amputé des effets atteints par le vice, doit encore comporter les éléments constitutifs nécessaires à son existence (7).

En définitive, et bien que par un cheminement différent, on aboutit à une définition de la notion de clause au sens de l'article 20, al. 2 très voisine de celle de la notion de partie de l'article 139 du Code

362. - (2) Cf. Meyer, *op. cit.*, p. 49 et p. 184 ; Tandogan, *op. cit.*, pp. 54 ss. ; Piotet, Rev. dr. suisse, 1957, p. 114.
(3) Cf. Meyer, *op. cit.*, pp. 70 ss. ; Piotet, Rev. dr. suisse, 1957, p. 105 et surtout Tandogan, *op. cit.*, pp. 57 ss.
(4) « *Teile* » en allemand, « *parti* » en italien. Cela explique que ce problème d'interprétation ne soit développé que par les auteurs de langue française.
(5) Cf., en ce sens, Tandogan, *op. cit.*, pp. 62-63.
(6) P. 62.
(7) Cf. Tandogan, *op. cit.*, p. 66.

civil allemand (8), c'est-à-dire à une définition par rapport à ce qui reste valable dans l'acte partiellement vicié.

363. — Il n'est donc pas étonnant que le champ d'application des deux textes soit exactement le même. On y retrouve les mêmes catégories de nullité partielle : nullité des stipulations accessoires dans les actes « simples » (1), nullité des diverses opérations formant un acte « complexe », qu'il y ait ou non unité d'acte instrumentaire (2), nullité d'un acte à l'égard de certaines personnes seulement alors qu'il reste valable dans les rapports entre les autres (3), nullité, même, de certains effets d'un acte sans que cette sanction se répercute en rien sur l'aspect extérieur de cet acte (4). Même les discussions et hésitations relatives à l'admission de la nullité partielle sous forme de réduction des stipulations quantitativement excessives se retrouvent chez les auteurs suisses. Mais il semble que la tendance dominante à l'heure actuelle soit, comme en Allemagne, favorable à l'admission d'une telle réductibilité (5). Un auteur, M. Meyer, nous paraît avoir particulièrement bien analysé la situation (6). Il passe en revue les opinions des principaux représentants de la doctrine allemande et suisse qui ont émis un avis sur ce problème. La plupart sont favorables à l'admission de la nullité partielle sous forme de réduction. Et, sur le principe, cet auteur se rallie pleinement à cette thèse (7). En particulier, estime-t-il :

> « Le fait que, le cas échéant, le juge doit déterminer, d'après une appréciation équitable, les limites permises de la teneur du contrat, c'est-à-dire la durée ou la mesure de l'obligation, ne peut

362. - (8) Cf. *supra*, n° 343, en particulier la citation de STAUDINGER.

363. - (1) Cf. JOSEPHTHAL, *op. cit.*, pp. 63 ss. ; MEYER, *op. cit.*, p. 74 ; TANDOGAN, *op. cit.*, p. 67 et pp. 192 ss.

(2) Cf. JOSEPHTHAL, *op. cit.*, pp. 113 ss. ; MEYER, *op. cit.*, p. 73 et p. 185 ; TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 228 ss. ; PIOTET, Rev. dr. suisse, 1957, p. 114.

(3) Cf. JOSEPHTHAL, *op. cit.*, pp. 130 ss ; MEYER, *op. cit.*, pp. 55-56 et pp. 78 ss. ; TANDOGAN, *op. cit.*, p. 67 et pp. 245 ss. ; PIOTET, Rev. dr. suisse, 1957, p. 114.

(4) Cf. TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 67 ss et p. 121.

(5) Cf. von TUHR, Partie générale du Code fédéral des obligations, traduction Torrenté et Thilo, 1929, t. I, p. 227 ; GUHL, Das schweizerische Obligationenrecht, 5e éd., 1956, pp. 54-55 ; KUNTER, La réduction de la peine conventionnelle déjà acquittée, Rev. dr. suisse, 1942, p. 104 ; DESCHENAUX, La révision des contrats par le juge, Rev. dr. suisse, 1942, pp. 610 *a* ss. ; JOSEPHTHAL, *op. cit.*, pp. 35-50 ; MEYER, *op. cit.*, pp. 84-85 et surtout pp. 122-180 ; AESCHLIMANN, *op. cit.*, pp. 90 ss. ; PIOTET, Rev. dr. suisse, 1957, p. 105 ; TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 121-191, qui étudie longuement, sous ses aspects historique, théorique et pratique, le problème de la nullité partielle d'une clause, c'est-à-dire essentiellement celui de la réduction des spitulations excessives.

(6) *Op. cit., loc. cit.*,

(7) Cf. en particulier p. 144.

pas constituer un empêchement à l'application des règles relatives à la nullité partielle » (8).

Mais M. Meyer pense (9) que :

« La thèse de la nullité partielle quantitative (réduction), indubitablement fondée au point de vue théorique, n'aura guère de répercussions pratiques considérables. »

Selon lui, les cas dans lesquels on pourra admettre que les parties auraient contracté dans une mesure plus réduite seront rares. La plupart des cas dans lesquels la question a été discutée exigent une nullité partielle impérative (10) que l'article 20, al. 2 n'autorise pas.

Le champ d'application des articles 20, al. 2 du Code fédéral suisse des obligations et 139 du Code civil allemand est donc le même (11). Les différences résident dans la solution de principe de l'étendue de la nullité et dans les conséquences qui en découlent.

363. - (8) P. 144. De façon générale, le problème de la réductibilité ne s'est pas heurté, en Suisse, au refus des auteurs de reconnaître au juge un prétendu pouvoir d'intervention dans les actes juridiques. On n'y rencontre pas cette méfiance traditionnelle vis-à-vis du pouvoir judiciaire. Bien au contraire, de très larges pouvoirs sont reconnus au juge par les textes mêmes du Code civil. L'article 1, al. 2, en fait un véritable suppléant du législateur :

« A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, SELON LES RÈGLES QU'IL ÉTABLIRAIT S'IL AVAIT A FAIRE ACTE DE LÉGISLATEUR. »

L'article 2 du Code des obligations lui accorde une autre prérogative importante :

« Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés. A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire. »

Sur ces pouvoirs du juge, *v°* notamment : LUCIEN-BRUN, Le rôle et les pouvoirs du juge dans le Code civil suisse, thèse Grenoble, 1920 ; PIOTET, Le complétement judiciaire du contrat, Rev. dr. suisse, 1961, pp. 367 ss. Une telle conception du rôle du juge nous paraît être beaucoup plus saine et plus réaliste que celle qui règne encore en France. En particulier, elle permet de résoudre élégamment un certain nombre de problèmes de détails en matière de nullité partielle. Ainsi, les auteurs suisses n'hésitent-ils pas à admettre qu'en cas de nullité partielle d'un acte le juge puisse modifier la partie valable afin de rétablir un équilibre rompu par la nullité partielle. Cf. von THUR, *op. cit*, p. 202 ; TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 95 ss ; PIOTET, Rev. dr. suisse, 1957, pp. 102-104 et Rev. dr. Suisse, 1961, pp. 367 ss.

(9) P. 147.

(10) Sur ce point, *v°* également *infra*, § 3, n° 368.

(11) Selon certains auteurs, l'article 20, al. 2, s'appliquerait à toutes les inefficacités partielles et pas seulement aux nullités proprement dites. Cf. en particulier : TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 51-53 et pp. 280 ss. Cela ne semble pas être le cas de l'article 139 : cf. *supra*, note 3 n° 352.

§ 2. — La signification de la solution de principe contenue dans l'article 20, alinéa 2.

364. — C'est donc l'inversion de la solution de principe qui constitue la caractéristique essentielle du système suisse par rapport au système allemand. Les clauses viciées seules sont frappées par la nullité. L'acte subsiste pour le reste, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que, dans ces conditions, il n'aurait pas été conclu. C'est le « *favor contractus* » ou, plus exactement, le « *favor negotii* » qui inspire ce texte.

> « Notre ordre juridique préfère l'efficacité, même partielle, d'un acte juridique à son inefficacité, dit M. Piotet (1)... Une des règles découlant du « *favor negotii* », c'est qu'un contractant ne doit pas pouvoir, pour écarter après coup la convention, invoquer un vice qui affecte une clause dont le maintien lui aurait paru secondaire lors de la conclusion... »

Cette explication de la règle de l'article 20, al. 2 est en même temps significative de la différence d'inspiration des rédacteurs de ce texte par rapport à ceux de l'article 139 du Code civil allemand. La solution de l'article 139 repose sur une option théorique fondamentale : le respect de l'autonomie de la volonté, quel qu'en soit le prix, ce qui a fait dire à un auteur allemand (2) que ce texte est motivé par un excès de libéralisme. La position du législateur suisse, en revanche, est beaucoup plus réaliste : le respect de la parole donnée, les règles de la bonne foi et la sécurité du commerce juridique sont mieux servies par la nullité partielle, comme solution de principe que par la nullité totale.

> « La préférence donnée au maintien d'un acte juridique plutôt qu'à sa suppression peut se justifier, essentiellement à deux points de vue, dit encore M. Piotet (3). Sur le plan social, elle répond au besoin de stabilité des affaires : les actes juridiques nombreux qu'impose la complexité de la vie moderne sont très souvent interdépendants et la suppression de l'un d'eux amène des perturbations pour les autres. D'autre part, en passant des actes juridiques approuvés par le législateur, les parties contribuent au bien commun ; il est donc désirable de maintenir dans la mesure du possible des actes juridiques partiellement viciés. Sur le plan individuel, l'anéantissement complet de l'acte va souvent au-delà du but de protection d'une partie... ; la partie protégée par cette suppression l'est suffisamment quand le reste de l'acte est maintenu (et, éventuellement, complété) ; elle peut aussi l'être davantage que si tout l'acte est supprimé. »

364. - (1) *Op. cit.*, p. 100. Cf., dans le même sens, TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 82-83.
(2) DAHMEN, *op. cit.*, pp. 84-85.
(3) Cf. *in* La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse, Berne, 1956, p. 31.

Il semble bien que, lorsque le problème se pose, c'est-à-dire lorsqu'un acte est partiellement vicié, la nullité partielle résulte plus souvent de l'examen des intentions des parties que la nullité totale. Il est bon qu'une règle juridique tienne compte des réalités concrètes.

365. — A règle contraire, exceptions contraires. En vertu de l'autonomie de la volonté, les auteurs de l'acte peuvent donc obtenir sa nullité totale. En ce qui concerne le contenu de ce critère intentionnel, les observations faites au sujet de l'article 139 du Code civil allemand (1) peuvent être intégralement transposées, sous réserve de l'inversion de la solution de principe.

Il s'agit donc, pour la partie qui veut obtenir l'anéantissement total de l'acte, non pas de prouver que telle a été sa volonté réelle lors de la conclusion de l'acte, mais d'établir que, sans la partie annulée, elle N'AURAIT pas conclu l'acte. La volonté que l'on prend en considération n'a jamais réellement existé. En droit suisse également les auteurs parlent de « volonté hypothétique » (2). Comme le dit très exactement un auteur (3) :

> « On se place dans l'hypothèse où, lors de la conclusion, les parties auraient eu à choisir entre la renonciation au contrat et la conclusion du contrat ne comprenant pas la clause viciée. »

Par conséquent, il n'y a pas, à proprement parler, d'interprétation de volonté (4). On ne peut pas interpréter une volonté qui n'a jamais existé. Il s'agit plutôt de formuler une hypothèse et de résoudre le problème qu'elle pose : qu'est-ce que les parties auraient fait si elles avaient connu la nullité de la partie viciée de l'acte ? La réponse à cette question est généralement plus facile à trouver en pratique qu'il ne paraît en théorie. Un certain nombre de facteurs objectifs facilitent la tâche de celui qui a la charge de la preuve (5). Et en cas de doute, si aucune volonté hypothétique ne peut être décelée, ce qui ne sera le cas que très rarement, c'est la solution de principe posée par l'article 20, al. 2 qui s'appliquera.

Un auteur (6) relève à juste titre que, parfois, il apparaîtra clairement que les parties auraient conclu l'acte sans la partie nulle, sans qu'on sache cependant de façon précise comment elles l'auraient

365. - (1) Cf. *supra*, n° 348.
(2) Cf. MEYER, *op. cit.*, pp. 94 ss ; TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 71 ss. ; PIOTET, Rev. dr. suisse, 1957, pp. 107 ss. ; von THUR, *op. cit.*, p. 201.
(3) PIOTET, Rev. dr. suisse, 1957, p. 99. Comp. la citation de M. FLUME, *supra*, n° 349.
(4) Cf. en ce sens : von THUR, *op. cit.*, p. 201 ; MEYER, *op. cit.* pp. 96 ss.
(5) Cf. à ce sujet *supra*, n° 348 *in fine*. V° également, pour ces facteurs, TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 72 ss. ; PIOTET, Rev. dr. suisse, 1957, pp. 110 ss.
(6) M. PIOTET, Rev. dr. suisse, 1957, pp. 108-110. V° également l'ouvrage du même auteur : La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse, pp. 150-151.

conclu. Il en est ainsi si les limites de la licéité de l'acte ne sont pas déterminées par la loi et si celle-ci ne donne que des indications générales, ce qui est le cas surtout en matière de stipulations quantitativement excessives. On retrouve ainsi, sous une autre forme, le problème des pouvoirs du juge.

> « Je pense, dit M. Piotet (7), que le juge peut modifier le contrat selon les règles de l'équité quand il admet la volonté hypothétique de conclure la convention sans la clause viciée, mais que la manière exacte dont les parties l'auraient modifiée ne peut être déterminée avec précision... S'en tenir strictement au complétement du contrat conforme à la volonté hypothétique exactement déterminable conduirait souvent à l'invalidité totale quand il existe plusieurs modifications possibles du contrat qui auraient toutes été préférées à la nullité intégrale. Or ce serait contraire au but même de l'article 20, al. 2 du Code des obligations » (8).

On peut d'ailleurs trouver, en droit suisse, un fondement textuel à ce pouvoir du juge. Si, conformément à l'article 2 du Code des obligations (9), le juge peut compléter un contrat dans lequel les parties n'ont pas réglé des points secondaires, il doit également pouvoir prendre une décision analogue, dans notre hypothèse de nullité partielle, pour combler une lacune qui ne concerne qu'un *quantum* ou un choix à faire entre plusieurs modalités possibles (10).

366. — De même qu'à propos de l'article 139 (1), il y a lieu de faire remarquer que la solution de principe de l'article 20, al. 2 n'a, par elle-même, qu'une importance concrète limitée, puisqu'elle n'intervient pleinement que lorsque aucune volonté hypothétique ne peut être dégagée, ce qui est très rare. Dans les autres cas, en effet, l'existence d'une volonté hypothétique, quel qu'en soit le résultat, écarte la solution de principe. Ce n'est qu'indirectement que celle-ci joue un rôle relativement important, du fait qu'elle a pour conséquence

365. - (7) *Op. cit*, p. 108.

(8) Une telle possibilité n'est pas reconnue au juge français. Un arrêt de la Cour de Douai du 24 mai 1962, S. 1962.I.297, note Autesserre, après avoir annulé des clauses illicites, dit expressément :

> « que la Cour ne peut leur imposer telle ou telle clause alors que la loi les autorise, dans les limites imposées par elle, de choisir entre plusieurs rédactions possibles et licites au regard de la loi. »

Pourtant, lorsque le juge français réduit le *quantum* excessif d'une stipulation et lorsque la limite de la licéité n'est pas exactement déterminée par la loi, il choisit également un *quantum* licite qui lui paraît équitable, alors que plusieurs solutions licites eussent été possibles. La situation n'est-elle pas la même lorsqu'il s'agit de diverses rédactions possibles d'une clause ?

(9) V° le texte *supra*, en note 8 n° 363.

(10) Cf. en ce sens : Piotet, Rev. dr. suisse, 1957, p. 110.

366. - (1) Cf. *supra*, n° 350.

l'imposition de la charge de la preuve à celui qui veut anéantir l'acte tout entier (2).

Il semble qu'à ce point de vue la solution suisse soit effectivement préférable à la solution allemande. En guise de démonstration, il suffit de reprendre les critiques que les auteurs allemands avaient eux-mêmes formulées à l'encontre de leur système (3). Il vaut mieux imposer la charge de la preuve à celui qui prétend s'écarter de la solution communément admise. Or, lorsqu'un vice n'affecte un acte qu'en partie, la nullité partielle constitue, beaucoup plus fréquemment que la nullité totale, la solution définitive. De plus, en droit suisse, il suffit que celui qui invoque la nullité totale établisse qu'il n'aurait pas conclu l'acte : les données à prouver résident donc chez lui-même et non plus chez l'autre partie, comme dans le système allemand.

Il ne faut, pourtant, pas attacher une importance excessive à ce problème de la charge de la preuve. Il semble bien qu'en cas de besoin la pratique ne manque pas de tourner plus ou moins directement ces règles (4). Ainsi, si dans un type donné de litiges, la solution normale s'avérait être, en fait, la nullité totale, la charge véritable de la preuve incomberait sans aucun doute à celui qui voudrait s'écarter de cette solution.

En définitive, ce qui nous paraît important dans l'article 20, al. 2, ce n'est pas la solution de principe en tant que telle — nous avons vu qu'elle ne s'applique que très exceptionnellement —, ni même sa répercussion sur la charge de la preuve, mais c'est, d'une part, la règle selon laquelle l'étendue de la nullité se détermine au moyen d'un critère intentionnel, et c'est, d'autre part, l'inspiration générale du texte, dont il ressort que la nullité partielle est *a priori* préférable à l'anéantissement total de l'acte.

§ 3. — Les conditions d'application de l'article 20, alinéa 2.

De même que l'article 139 du Code civil allemand, l'article 20, al. 2 comporte un certain nombre d'exceptions et de limites qu'il importe de préciser. D'emblée, on peut dire que ce sont les mêmes dans les deux systèmes.

1) La divisibilité objective.

367. — L'article 20, al. 2 ne peut être invoqué, en premier lieu, que si l'acte vicié est objectivement divisible (1), c'est-à-dire si la

366. - (2) Cf. Tandogan, *op. cit.*, p. 80.
(3) Cf. *supra*, n° 351.
(4) Cf. *supra*, n° 351, la thèse de M. Dahmen.
367. - (1) Cf. Josephthal, *op. cit.*, p. 21 ; Meyer, *op. cit.*, pp. 70 ss., en particulier p. 75 ; et surtout Tandogan, *op. cit.*, pp. 57 ss.

partie viciée peut être isolée du reste de l'acte et si ce reste est susceptible de poursuivre une existence autonome.

2) La valeur subsidiaire de la règle de l'article 20, al. 2.

368. — La seconde limite, résultant des dispositions expresses ou tacites de textes législatifs particuliers, se retrouve également dans les développements consacrés par les auteurs suisses à l'article 20, al. 2.

Ils admettent tous (1) que ce texte ne s'applique pas lorsque des dispositions législatives expresses donnent des solutions différentes. Parmi ces exceptions à l'article 20, al. 2 prévues expressément par le législateur, il en est une qui mérite une mention particulière, Il s'agit de l'article 157 du Code fédéral des obligations qui dispose :

> « Lorsque la condition stipulée a pour objet de provoquer soit un acte, soit une omission illicite ou contraire aux mœurs, l'obligation qui en dépend est nulle et de nul effet. »

La parenté entre ce texte et l'article 1172 du code civil français semble évidente. Mais ce n'est là qu'une apparence. Leurs rôles concrets sont très différents. D'une part, le texte suisse s'applique à tous les actes conditionnels (2), sans distinction entre actes à titre gratuit et actes à titres onéreux. D'autre part, il ne concerne que les seules conditions, alors que l'article 1172 a été interprété en France comme devant être appliqué à toutes les clauses, au prix d'une véritable déformation de la notion de condition. Au contraire, dans l'article 157 du Code suisse des obligations, cette notion garde sa signification profonde. La condition est un élément auquel est subordonnée l'existence de l'acte. Cette subordination est de l'essence même de la condition. Cela explique que le législateur ait prévu comme seule solution au problème de l'étendue de la nullité l'anéantissement total de l'acte, conformément à la volonté des parties. En effet, lorsque cette subordination n'existe pas dans l'esprit des parties, quoiqu'elles aient employé le terme de condition, il ne s'agit pas d'une véritable condition (3). Dans ce cas, c'est la règle inverse de l'article 20, al. 2 qui retrouve ses droits (4) (5).

368. - (1) Cf. notamment : Josephthal, *op. cit.*, p. 136 ; Meyer, *op. cit*, pp. 103-105 ; Tandogan, *op. cit.*, pp. 84 ss.

(2) Cf. en ce sens : Tandogan, *op. cit.*, p. 208. La règle de l'article 157 est reproduite par l'article 482, al. 2, du Code civil, texte relatif aux dispositions pour cause de mort.

(3) Cf. en ce sens : Tandogan, *op. cit.*, p. 209, en particulier la note 95.

(4) Cf. Funck, Commentaire du Code fédéral des obligations, traduction Porret et Perregaux, 1930, p. 117 ; Tandogan, *op. cit.*, pp. 207 ss.

(5) Le droit allemand ne possède pas un texte semblable à l'article 157 du Code suisse des obligations, spécifique aux conditions. Une disposition particulière avait, cependant, été incluse dans un premier projet

Les auteurs suisses reconnaissent également que, même en l'absence de dispositions expresses, des impératifs particuliers peuvent exiger que le critère intentionnel de l'article 20, al. 2 soit tenu en échec, au profit d'une application impérative de la nullité partielle (6).

> « Il y a des cas, dit von Tuhr (7), où, pour atteindre le but visé par l'interdiction d'une clause, il est nécessaire de tenir le contrat pour valable même sans cette clause, quelle que soit la volonté de l'intéressé... »

Ce maintien impératif du contrat amputé est justifié tantôt par l'idée d'intérêt général, tantôt par le but visé par la loi, tantôt encore par l'ordre public. En réalité, il s'agit toujours du même impératif. Les applications de cette idée que les auteurs relèvent sont généralement les mêmes que celles que citaient les auteurs allemands (8). Elles ne constituent d'ailleurs que des exemples. Dans un système juridique donnant au juge le pouvoir de faire œuvre de législateur en cas de lacunes législatives (9), l'admission de telles exceptions à l'article 20, al. 2, dans les cas où l'application de ce texte aurait entraîné des conséquences incompatibles avec le but visé par le législateur dans les dispositions violées, ne pouvait poser aucun problème (10).

En ce qui concerne cette seconde catégorie d'exceptions, il n'y a donc aucune différence entre les systèmes allemand et suisse. Tout au plus peut-on observer que le rapport entre le principe résultant de l'article 20, al. 2 et les exceptions d'ordre législatif n'a pas été aussi clairement exprimé par les auteurs suisses que par leurs collègues allemands. Nous voulons parler de la « valeur subsidiaire » de la

de rédaction de l'article 139 du Code civil allemand. Dans la seconde rédaction, cette disposition fut supprimée au motif que la nullité totale résultait de l'essence même de l'acte conditionnel. V° sur tous ces points : FLUME, *op. cit.*, p. 691, en particulier la note 50 ; STAUDINGER, *op. cit.*, p. 918, n° 19. En droit allemand un texte spécial aux conditions est d'autant moins nécessaire que la solution de principe de l'article 139 est la nullité totale. Voilà, peut-être, la raison d'être de l'article 157 du Code fédéral des obligations, qui, précisément, donne pour les conditions une solution inverse de celle de l'article 20, al. 2.

368. - (6) Cf. MEYER, *op. cit.*, pp. 105-110 ; TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 86 ss. ; PIOTET, Rev. dr. suisse, 1957, p. 98, ainsi que dans « la formation du contrat... », ouvrage précité, note 1, p. 156, et note 1, p. 158 ; von THUR, *op. cit.*, p. 201, note 31 ; W. YUNG, Travaux de l'Association H. Capitant de 1960, rapport sur le droit suisse, t. XIII, pp. 350-351.

(7) *Op. cit., loc. cit.*

(8) *Supra*, n° 356 et les références précitées des auteurs suisses en note 6 ci-dessus.

(9) Art. 1, al. 2, du Code civil : cf. *supra*, note 8 n° 363.

(10) Un auteur, AESCHLIMANN, *op. cit.*, pp. 97 ss., explique précisément les hypothèses dans lesquelles une nullité partielle doit être admise quelle que soit la volonté hypothétique des parties par les recours à l'article I^er^ du Code civil. Comp. OFTINGER, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, Rev. dr. suisse, 1958, pp. 575 *a*-576 *a*.

règle générale en matière de nullité partielle (11) et de l'idée selon laquelle il faut toujours se demander, avant de recourir à cette règle, si aucune autre solution n'est exigée expressément ou tacitement par un texte particulier. Mais il ne s'agit là, en définitive, que d'une conséquence logique de l'existence des exceptions que les deux systèmes connaissent.

3) Le rôle de la notion de bonne foi.

369. — On retrouve également dans la doctrine suisse la troisième limite à l'application du texte général relatif à la nullité partielle : la notion de bonne foi. Les auteurs semblent même y attacher une importance toute particulière (1). Cela s'explique par le fait que cette exception repose, en droit suisse, sur une base légale, ce qui n'était pas le cas en droit allemand. L'article 2 du Code civil suisse stipule :

> « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. »

Il s'agit, comme en droit allemand, d'une notion de bonne foi objective, prise dans un sens large. Comme le dit un auteur (2) :

> « La bonne foi du Code civil suisse est quelque chose de plus que la *bona fides* du droit romain ou que la bonne foi du droit français. C'est le « *Treu und Glauben* » du droit germanique, qui ne vise pas seulement la loyauté, ou la droiture en affaires, par opposition à la mauvaise foi, mais exprime l'idée de confiance mutuelle et de dépendance des parties... Les règles de la bonne foi... transposent sur le plan du droit civil l'exigence de solidarité humaine. »

Nous observions déjà à propos du système allemand que cette notion de bonne foi était très proche de celle d'abus de droit. L'article 2 du Code civil suisse le confirme expressément (3).

En ce qui concerne les justifications concrètes de cette limite apportée au jeu de l'article 20, al. 2, nous pouvons renvoyer à ce qu'il en a été dit en droit allemand (4). Les auteurs suisses citent généralement les mêmes exemples. A ce dernier point de vue, le système suisse comporte donc un avantage supplémentaire, puisque la

368. - (11) Cf., à ce sujet, *supra*, n° 354.

369. - (1) Cf. surtout Meyer, *op. cit.*, pp. 111 ss. ; Tandogan, *op. cit.*, pp. 89 ss.

(2) Deschenaux, La révision des contrats par le juge, Rev. dr. suisse, 1942, p. 546 *a.* V°, dans le même sens, Lucien-Brun, *op. cit.*, p. 36, note 1, qui distingue nettement les deux sens subjectif et objectif de la notion de bonne foi.

(3) Cf. également Piotet, article précité à la Rev. dr. suisse, 1957, p. 101 ; Tandogan, *op. cit.*, p. 94 ; Meyer, *op. cit.*, p. 120, qui utilisent le concept d'abus de droit.

(4) Cf. *supra*, n° 359.

limitation de l'article 20, al. 2 par la notion de bonne foi est fondée sur un texte précis, ce qui n'est pas le cas en droit positif allemand.

CONCLUSION

370. — L'étude de l'article 139 du Code civil allemand nous a permis de révéler l'existence d'un système général relatif au problème de l'étendue de la nullité. Au fur et à mesure, son importance véritable nous est apparue. Celle-ci est à la fois plus grande et plus restreinte que la première lecture du texte aurait pu laisser croire. Plus grande, parce que, par une interprétation large, l'article 139 s'applique à toutes les catégories de nullités. Plus restreinte, parce qu'il n'a en réalité qu'une valeur subsidiaire et qu'il ne s'applique qu'à défaut de texte expressément ou tacitement contraire.

Sur tous ces points, l'examen du système suisse de l'article 20, al. 2 du Code des obligations n'a fait que confirmer la première impression. Le parallélisme est frappant. Outre le fait que les deux textes reposent sur le principe d'autonomie de la volonté, ils ont très exactement le même champ d'application et subissent les mêmes exceptions. Or, ce champ d'application et ces exceptions, ainsi que l'inspiration fondamentale du système, sont aussi ceux que l'étude du droit positif français nous a fait découvrir. On peut donc admettre qu'il s'agit de données constantes.

Apparemment, une grande différence sépare cependant la solution allemande et la solution suisse : ce qui est le principe dans la première, la nullité totale, est l'exception dans la seconde. En réalité, c'est toujours la volonté des parties qui fournit la solution. Même la répartition de la charge de la preuve, qui en découle, ne semble pas avoir, en cette matière, une importance considérable, bien que, à ce point de vue, le système suisse paraisse nettement préférable. Il ne reste, en fin de compte, comme seule différence, qu'une inspiration générale, favorable dans un cas à la nullité totale, dans l'autre à la nullité partielle, mais dont l'incidence concrète est minime. Cependant, la faveur qu'accorde *a priori* le droit suisse au maintien partiel de l'acte nous paraît être effectivement une attitude plus réaliste et plus conforme aux exigences de l'époque actuelle.

CHAPITRE II

Essai de synthèse constructive

371. — Le moment est venu de tirer les conclusions, sous forme d'un bilan, de l'ensemble de ce travail d'analyse. Nous ne reviendrons plus sur les solutions particulières. Tout au long de leur étude, nous avons fait les critiques et propositions qui nous paraissaient utiles en l'état actuel du droit positif français. Tel était notre premier objectif. Mais au fur et à mesure, nous avons précisément acquis la conviction qu'à un stade ultérieur c'est l'ensemble du système qui devait être reconsidéré. Nous en avons fait notre second objectif. L'analyse des bases du système français a révélé de multiples imperfections et incohérences, en même temps que des aspects positifs. Ces mêmes aspects positifs, nous les avons retrouvés, mais sous une forme nettement mieux ordonnée et plus rationnelle, dans les systèmes allemand et suisse.

Il s'agit maintenant de reprendre l'ensemble de ces aspects positifs, d'opérer un choix là où plusieurs solutions sont possibles, afin de pouvoir proposer, en vue d'une éventuelle réforme législative du droit positif français, une solution cohérente et complète, sous la forme d'un texte unique.

On pourrait contester, bien sûr, le principe même de l'opportunité d'une telle réforme. Certes, les solutions concrètes du droit positif français sont peut-être aussi satisfaisantes que celles des pays qui possèdent une législation plus complète en la matière. Mais à quel prix un tel résultat est-il obtenu en France ? A la place d'un critère unique et clair, nous en possédons toute une série, plus confus les uns que les autres. Au lieu d'un système global, nous n'avons qu'une casuistique totalement dépourvue d'homogénéité, de cohérence. A défaut

d'un texte de base, nos solutions reposent tantôt sur quelques textes épars, auxquels on fait dire tout autre chose que ce que leur lettre n'exprime, tantôt sur des principes généraux plus ou moins clairement énoncés, si ce n'est tout simplement sur l'empirisme des magistrats.

Nous n'insisterons pas plus longuement sur les multiples inconvénients du droit positif français. Dans une matière aussi concrète que celle de l'étendue de la nullité, une réforme législative qui viendrait adapter le droit au fait et opérerait, du même coup, une simplification considérable, nous paraît impérieuse. Ce sont précisément les modalités et le contenu de cette réforme qu'il nous reste à définir.

Nous tenterons de mener à bien cette ultime entreprise en trois étapes. Nous nous demanderons, tout d'abord, dans quel cadre une telle réforme pourrait intervenir. En second lieu, nous définirons le contenu qu'elle devrait avoir à notre avis. Et, enfin, nous essayerons d'inclure les différents éléments ainsi retenus dans une proposition de texte.

Section I

LE CADRE D'UNE REFORME EVENTUELLE

372. — C'est, bien évidemment, dans une théorie générale de l'acte juridique ou, plus précisément, dans une théorie générale des nullités qu'un tel texte trouverait une place tout indiquée. Mais comme le Code civil ne contient pas une telle théorie générale, il devient extrêmement difficile d'assigner à un texte nouveau, relatif à l'étendue de la nullité des actes juridiques, une place dans le Code en son état actuel. C'est donc une réforme de la structure même du Code civil qu'il y aurait lieu d'envisager, ce dont il ne saurait être question ici (1). Tel que le Code civil se présente à l'heure actuelle, deux solutions pourraient être provisoirement adoptées.

Dans le Chapitre II du Titre III du Livre troisième, chapitre consacré aux « conditions essentielles pour la validité des conventions », on pourrait concevoir d'ajouter une section VI qui, après l'énumération des différentes conditions de validité, concernerait leur sanction et comprendrait un texte relatif à l'étendue de la nullité. Il

372. - (1) La Commission de réforme du Code civil a longuement discuté de ce problème dès ses premières séances et tout au long des années 1946-1947. La question de savoir s'il fallait mettre au point une théorie générale de l'acte juridique y a, notamment, été abordée. Cf. Travaux de la Commission, année 1945-1946, pp. 97 ss. Le principe d'une telle théorie générale a été retenu : cf. Travaux de la Commission, année 1948-1949, pp. 88 ss., plus précisément p. 91.

faudrait admettre, bien entendu, que ce texte fût appliqué également, par analogie, aux actes unilatéraux, en particulier aux libéralités.

Mais une autre solution serait préférable, nous semble-t-il. Le Chapitre V du même Titre III traite, en effet, « de l'extinction des obligations » et sa Section VII est plus spécialement consacrée à « l'action en nullité ou en rescision des conventions ». Le titre de cette section pourrait faire croire à l'existence d'une théorie générale des nullités. Nous savons qu'il n'en est rien (2). Il n'en reste pas moins que cette subdivision du Code pourrait servir de cadre à la réalisation d'une telle théorie générale. L'inclusion, même isolée, d'un éventuel texte relatif à l'étendue de la nullité en constituerait l'embryon. Mais, comme précédemment, il faudrait admettre que le texte en question gouverne tous les actes juridiques, et notamment ceux dont traite le précédent Titre, à savoir les donations et testaments. Cela devrait pouvoir être admis sans grandes difficultés (3).

373. — Si la localisation dans le Code civil d'un éventuel texte général en matière de nullité partielle importe, en définitive, assez peu, il est, cependant, des solutions qui nous paraissent devoir être écartées *a priori*. En aucun cas, un tel texte ne devrait et ne pourrait prendre la place des articles 900 ou 1172. Il est à peine besoin de préciser que nous ne préconisons en aucun cas une réforme limitée à ces textes. On pourrait se contenter, bien sûr, d'introduire dans les articles 900 et 1172 un critère intentionnel de l'étendue de la nullité, ce qui aurait comme résultat, appréciable certes, d'adapter ces textes à la situation réelle, d'unifier le régime des libéralités et des actes à titre onéreux et de rendre inutile le recours aux notions de cause et de condition impulsive et déterminante. Mais il serait réellement regrettable de n'opérer qu'une telle réforme partielle. Ces textes ainsi modifiés ne pourraient être invoqués ni en matière d'actes « complexes », ni dans les hypothèses de réduction. En outre, s'il serait possible de substituer le terme de clause à celui de condition dans l'article 900, il ne pourrait en être de même dans l'article 1172 qui se trouve dans une section traitant exclusivement des obligations conditionnelles. C'est pour cette raison qu'un texte général ne pourrait prendre la place de l'article 1172 actuel. Si ce dernier obstacle n'existe pas à propos de l'article 900, qui se trouve dans un chapitre consacré à des « dispositions générales », il serait cependant curieux d'inclure un texte général en matière de nullité partielle dans un Titre consacré

372. - (2) Cf. *supra*, n° 27.

(3) Telle est précisément la situation du droit positif suisse. L'article 20, al. 2, du Code des obligations ne parle que du contrat. Mais il est unanimement admis qu'il s'applique à tous les actes juridiques : cf. *supra*, n° 362 et les références en note 2.

exclusivement aux libéralités. Pour toutes ces raisons, nous écartons donc la possibilité de substituer un texte général, dont la création nous paraît cependant indispensable, soit à l'article 900, soit à l'article 1172.

374. — La question se pose alors de savoir si ces deux textes doivent du moins être conservés, sous une forme ou sous une autre, dans l'hypothèse où, par ailleurs, un texte général serait adopté. S'agissant de l'article 900, il devrait, de toute façon, être modifié. Il n'y a plus aucune raison, à l'heure actuelle, plus particulièrement en matière de libéralités, de ne pas tenir compte des intentions du disposant pour déterminer l'étendue de la nullité. On peut dire que, tel qu'il a été rédigé en 1804, c'est-à-dire en tant que prolongement de la loi du 5 septembre 1791 (1), l'article 900 était un texte de circonstance. Mais, dès le milieu du XIX^e^ siècle, ces circonstances ont disparu. Pour des raisons que nous exposerons à propos du problème du maintien de l'article 1172, nous estimons que si l'article 900 était conservé, dans l'hypothèse de l'adoption d'un texte général sur l'étendue de la nullité, il devrait être calqué, dans une nouvelle rédaction, sur le modèle de l'actuel article 1172. Mais nous pensons, précisément, qu'il vaudrait mieux l'abroger purement et simplement. En effet, l'article 1172 serait suffisant pour régler le problème de l'étendue de la nullité en présence d'une condition nulle. Bien qu'il ne parle que de « conventions », il pourrait sans difficulté être appliqué à tout acte juridique.

Mais pour quelles raisons maintiendrait-on l'article 1172 à côté d'un texte général sur l'étendue de la nullité ? De telles raisons doivent certainement exister puisque précisément le droit suisse possède à la fois un texte général et un texte particulier à la condition (2), qui correspond tout à fait, dans sa lettre, du moins, à notre article 1172. C'est que la condition occupe, dans le cadre du problème de l'étendue de la nullité, une place un peu spéciale. L'essence même de la condition, c'est que l'acte à laquelle elle est jointe est subordonné à sa réalisation. Dans cette mesure, la nullité de la condition entraîne TOUJOURS la nullité de l'acte principal. S'il y a lieu d'admettre que le ou les auteurs de l'acte auraient cependant conclu celui-ci, tout en renonçant à la condition, s'ils avaient connu le vice qui l'entache, c'est qu'il ne s'agissait pas, dans leur esprit, d'une véritable condition, mais d'une clause accessoire quelconque. Une telle clause, qui a emprunté la forme conditionnelle, est régie, dans le système suisse, — ou serait régie, en droit français, — par le texte général sur la nullité partielle. Telle est très exactement la relation qui existe entre le texte spécial

374. - (1) Cf. sur ce point *supra*, n° 38.
(2) Cf. *supra*, n° 368.

et le texte général dans le système suisse (3). Il y a tout lieu de croire, aussi, que tel était le sens de l'article 1172 dans l'esprit de ses rédacteurs. Il s'agit là d'une conception beaucoup plus saine et plus logique de la notion de condition. Si l'on a élargi, en France, le champ d'application de l'article 1172 de la façon que l'on sait, c'est uniquement pour lui faire régir l'ensemble du problème de l'étendue de la nullité d'un acte à titre onéreux en cas de nullité de l'une de ses clauses. Une singulière déformation de la notion de condition en a été le prix (4). Par conséquent, si l'on maintenait tel quel l'article 1172, à côté d'un texte général relatif à la nullité partielle, il faudrait en même temps rendre son sens véritable à la notion de condition qu'il renferme. En réalité, cet article 1172 que l'on conserverait n'aurait ni le même sens, ni le même rôle que l'article 1172 de l'actuel droit positif.

Mais ce maintien lui-même ne serait nullement indispensable. En effet, le texte général, avec le critère intentionnel qu'il renfermerait, suffirait à résoudre tous les problèmes. Pour les véritables conditions, l'application de ce texte entraînerait la nullité totale ; pour les prétendues conditions auxquelles les actes qu'elles accompagnent ne sont pas réellement subordonnés, la nullité partielle pourrait être prononcée.

Ces observations préliminaires, relatives à la place d'un éventuel texte nouveau dans le Code civil, étant faites, c'est surtout le contenu de ce texte qu'il importe de définir.

Section II

LE CONTENU D'UNE REFORME EVENTUELLE

375. — Lorsque, comme en notre matière, il s'agit non pas de modifier un texte existant, mais de créer un texte entièrement nouveau, il semble indispensable, avant de songer à proposer un texte, d'énoncer clairement les différents éléments qui doivent expressément ou tacitement y rentrer. Ces éléments sont relativement nombreux. Nous les examinerons sous deux rubriques, les uns constituant la base

374. - (3) Cf. *supra*, n° 368.

(4) En supposant un instant que l'article 20, al. 2, du Code suisse des obligations n'existât pas, il serait certainement *a priori* impensable à un juriste suisse que l'article 157 du même Code puisse jouer le même rôle que l'article 1172 tient en droit positif français à l'heure actuelle.

même de la réforme, les autres n'en étant que les conditions et modalités d'application (1).

§ 1. — Les données de base de la réforme.

Il s'agit d'un certain nombre de problèmes qui devront nécessairement être résolus si l'on envisage d'opérer une réforme en matière d'étendue de la nullité. Sous une forme expresse ou implicite, leur solution devra figurer dans le texte projeté, quel qu'il soit.

1) Le choix d'une solution de principe.

376. — Avant toute chose, il y a lieu d'opérer le choix d'une solution de principe : la nullité totale, comme le droit allemand, ou la nullité partielle, comme le droit suisse. On pourrait concevoir, certes, un système qui ne comporterait pas une telle solution et d'après lequel, en présence d'un acte partiellement vicié, l'étendue de la nullité serait déterminée en fonction de l'intention des parties. Nous avons suffisamment insisté sur le peu d'importance concrète de la solution de principe, quel qu'en soit le contenu (1). Pour diverses raisons, il nous paraît cependant indispensable d'introduire une telle solution dans un texte général relatif à notre problème. Elle permet, d'une part, de trouver une issue à un litige dans le cas où aucune volonté des parties ne peut être décelée : selon la solution adoptée, c'est la nullité totale ou partielle qui interviendrait dans ce cas (2). Même si cette hypothèse est plus théorique que pratique, il est bon qu'elle soit prévue. La solution de principe implique, d'autre part, une répartition de la charge de la preuve. Cette répartition, certes, n'a pas une importance capitale et se trouve parfois inversée sinon en droit, du moins en fait (3). Mais il importe qu'elle existe, afin qu'il ne puisse pas y avoir de litige sur ce point.

Quant à savoir laquelle des deux solutions de principe possibles il serait souhaitable de voir introduire dans le texte projeté, nous optons sans hésitation pour celle du droit suisse, c'est-à-dire pour la nullité partielle. Nous nous rallions pleinement aux critiques élevées par les auteurs allemands contre leur propre système (4), ainsi qu'aux

375. - (1) A moins qu'il n'y ait de nouvelles précisions à apporter, nous renverrons aux développements antérieurs et aux arguments précédemment exposés, pour justifier les choix qui s'imposent.

376. - (1) Cf. *supra*, n°s 349-351 pour le droit allemand, et n° 366 pour le droit suisse.

(2) Cf. *supra*, n°s 350 et 366.

(3) Cf. *supra*, n°s 351 *in fine* et 366.

(4) Cf. *supra*, n° 351 et les références citées en note 1.

arguments invoqués par les auteurs suisses à l'appui du leur (5). La nullité partielle étant, lorsque le problème se pose, plus fréquemment retenue en pratique que la nullité totale, il est préférable de se conformer à cette réalité et de l'instituer en solution de principe. En outre, les conséquences quant à la charge de la preuve sont des plus heureuses : au lieu d'avoir à établir que l'autre partie aurait conclu l'acte sans la partie viciée, le titulaire de la charge de la preuve devra prouver que lui-même n'aurait pas conclu l'acte, ce qui est beaucoup plus simple et plus logique. Enfin, la solution de la nullité partielle est plus conforme aux exigences d'un ordre juridique moderne, ce que démontre magistralement un auteur suisse, M. Piotet (6) (7).

2) Le choix d'un critère.

377. — Le second élément d'une réforme en notre matière, encore plus fondamental, sans doute, que le précédent, réside dans l'adoption du critère qui présidera normalement à la détermination de l'étendue de la nullité.

Que ce soit en droit positif français, sous le couvert des notions de cause impulsive et déterminante, de condition impulsive et déterminante ou d'indivisibilité, en droit allemand ou en droit suisse, ce critère de principe, c'est toujours celui de l'autonomie de la volonté. Il y a lieu d'observer, cependant, que le contenu de ce critère intentionnel ne paraît pas être exactement le même en droit positif français actuel et dans les systèmes allemand et suisse. Pour déterminer l'étendue de la nullité, le juge français cherche à savoir si la clause nulle A ÉTÉ la cause ou la condition impulsive de l'acte ou si les deux opérations d'un acte « complexe » ONT ÉTÉ indivisibles dans l'intention des parties. Le juge allemand ou suisse se demande si les parties AURAIENT conclu l'acte. En d'autres termes, l'un recherche une volonté

376. - (5) Cf. *supra*, n° 364 et les références citées, ainsi que n° 366.
(6) Cf. *supra*, n° 364 les citations de cet auteur.
(7) La nullité partielle, comme solution de principe, a également été préconisée par la Commission de réforme du Code civil. Cf. l'avant-projet de M. Houin, Travaux de la Commission 1946-1947, p. 56, art. 21, et pp. 93 ss., art. 20 ; l'avant-projet de M. Mazeaud, Travaux de la Commission 1946-1947, p. 203, art. 87, et p. 213, art. 86 ; le projet adopté par la Commission pléniaire, Travaux de la Commission 1947-1948, pp. 314 ss., et art. 64, p. 346. Telle est également la solution du Code civil italien, dont l'article 1419, al. 1, stipule :

> « La nullité partielle d'un contrat ou la nullité de certaines clauses entraîne la nullité du contrat tout entier s'il s'avère que les contractants ne l'auraient pas conclu sans cette partie de son contenu qui est atteinte par la nullité. »

S'il faut prouver la non-conclusion du contrat pour obtenir la nullité totale, c'est que la nullité partielle constitue le principe.

qui a réellement existé, l'autre une volonté qui n'a jamais existé, une volonté hypothétique.

378. — L'un et l'autre raisonnement ont d'ailleurs fait l'objet de critiques de la part de certains auteurs (1) qui estiment que l'étendue de la nullité ne peut et ne doit être déterminée que d'après des critères objectifs. Dans une certaine mesure, mais dans une certaine mesure seulement, les arguments de ces auteurs peuvent être retenus. En ce qui concerne le raisonnement actuel du juge français, c'est effectivement un leurre que de vouloir rechercher si les parties ont voulu rendre indivisibles les diverses opérations d'un acte « complexe » ou si elles ont entendu attacher à une clause le caractère de cause ou de condition impulsive et déterminante. Mis à part les cas rarissimes dans lesquels elles ont expressément prévu l'hypothèse dans l'acte lui-même, les parties n'auront nullement songé à un tel problème. Cette prétendue intention des parties n'a donc jamais existé. La critique du raisonnement du juge français n'est cependant que purement formelle. Car la question que le juge se pose en réalité, consciemment ou non, c'est de savoir si les parties auraient conclu l'acte sans les dispositions nulles. C'est là la seule façon, nous semble-t-il, de résoudre le problème. La réponse à cette question nous met en présence non pas d'une volonté réelle, mais d'une volonté virtuelle (2), d'une volonté hypothétique, selon l'expression des auteurs allemands et suisses. A cet égard, leur façon d'aborder ce problème du critère intentionnel nous paraît beaucoup plus juste. Le texte même des articles 139 et 20, al. 2 implique qu'il s'agit d'une volonté qui n'a jamais existé puisque l'on se demande si le contrat « AURAIT » été conclu sans la partie nulle.

Mais est-il bien nécessaire de retenir comme critère une notion aussi subtile que celle d'une volonté virtuelle ou hypothétique ? La recherche de la volonté réelle, c'est-à-dire l'interprétation des actes juridiques, pose des problèmes difficiles au juge. N'est-il pas excessif de lui imposer, en outre, la recherche de volontés qui n'ont jamais existé ? Précisément, les auteurs précités (3), qui sont hostiles au

378. - (1) Pour le droit français, cf. en particulier : BARATHON, *op. cit.*, pp. 58 ss., *supra*, n° 304. Rappr. : TERRÉ, *op. cit.*, pp. 200 ss., qui critique de façon tout à fait générale la notion de volonté présumée.

Pour le droit suisse, cf. surtout : JOSEPHTHAL, *op. cit.*, pp. 58-60, qui estime que le recours à la volonté des parties brouille tout et que c'est le « but objectif » qui est déterminant. Le problème est également posé dans l'ouvrage de M. TANDOGAN, *op. cit.*, pp. 105 ss.

(2) Cette expression se trouve dans l'ouvrage de M. TERRÉ, *op. cit*, p. 207. Ce n'est cependant pas à propos du problème de l'étendue de la nullité que cet auteur dégage cette notion, mais à propos du problème voisin des effets que peut produire un acte nul.

(3) Cf. *supra*, note 1.

principe même d'un critère intentionnel, estiment qu'il est inutile de s'en embarrasser, puisque, de toute façon, c'est à l'aide de facteurs objectifs qu'on déterminera cette prétendue volonté hypothétique. Du fait même qu'il s'agit d'une volonté virtuelle, qui n'a jamais réellement existé, il ne saurait être question d'en prouver directement le contenu. Celui qui a la charge de la preuve peut tout au plus alléguer une telle volonté, en s'efforçant d'étayer l'hypothèse qu'il avance au moyen d'un certain nombre d'indices qui seront, le plus souvent, objectifs. Il s'appuyera ainsi sur la finalité économique inhérente au type d'acte en question, sur le texte de cet acte, sur l'utilité de la partie restante ou sur son inutilité, sur les circonstances de sa conclusion, etc... Mais le tort de ces auteurs, qui veulent purement et simplement substituer ces facteurs objectifs au critère intentionnel, c'est de systématiser une constatation. Ces facteurs n'ont de valeur que dans la mesure où ils rendent vraisemblable l'hypothèse formulée par celui qui les invoque, dans la mesure, donc, où ils permettent de déceler une intention virtuelle. Le critère lui-même, c'est bien la volonté hypothétique. D'ailleurs, il se pourrait très bien que des raisons tout à fait personnelles aux parties à l'acte (4) justifient une solution. Le recours direct aux seuls facteurs objectifs pourrait éventuellement entraîner, dans ces conditions, une solution différente, qui serait incontestablement inéquitable et arbitraire.

> « Si un acte, dont une partie est défectueuse, avait été conclu par ses auteurs même sans cette partie, la loi n'a aucune raison de ne pas reconnaître leur volonté. »

dit très justement un auteur allemand (5). Nous prenons entièrement à notre compte cette observation. Les facteurs objectifs, dont l'importance pratique est indéniable, ne sont que des moyens d'établir la volonté hypothétique. Ils ne peuvent, dès lors, avoir qu'une valeur subsidiaire (6).

Nous estimons, par conséquent, qu'une éventuelle réforme en matière d'étendue de la nullité devrait conserver, comme critère de principe de cette étendue, la règle d'autonomie. La formulation devrait, de façon analogue aux textes allemand et suisse actuels, comporter une indication, en l'occurrence un conditionnel, qui mettrait en évidence le caractère virtuel de la volonté dont il s'agirait. En ce

378. - (4) Sur le caractère unilatéral ou bilatéral que doit revêtir la volonté hypothétique en tant que critère de l'étendue de la nullité, cf. *infra*, n° 379.

(5) STAUDINGER, *op. cit.*, § 139, n° 13.

(6) Cette valeur subsidiaire des facteurs objectifs, même si en fait ils déterminent la solution dans la quasi-totalité des hypothèses concrètes, a été clairement exprimée par M. PIOTET, dans son article sur « Le complétement judiciaire du contrat », Rev. dr. suisse, 1961, p. 377.

qui concerne le contenu de cette volonté, l'apport des auteurs allemands (7) et suisses (8) nous paraît fondamental et définitif.

379. — Quelques particularités relatives au système que nous proposons (1) méritent encore d'être relevées. Dans la mesure où l'une des parties voudrait effectivement démontrer, au moyen de facteurs subjectifs, qu'elle n'aurait pas conclu l'acte sans la partie nulle, il faudrait qu'elle établisse en plus, nous semble-t-il, que ceux-ci ont été connus du cocontractant (2). Il serait en effet inadmissible que la nullité totale soit prononcée pour des raisons strictement personnelles à l'une des parties et dont l'autre partie n'a pas eu et n'a pas pu avoir connaissance. En outre, dans le cadre du droit positif, on a été amené à se demander si la clause nulle doit avoir été la cause ou la condition impulsive et déterminante de l'acte pour les deux parties ou pour l'une seulement. Dans la rédaction du texte que nous proposons, ce problème ne peut plus guère se poser. Le principe étant la nullité partielle, si aucune des deux parties ne demande la nullité totale, celle-ci ne pourra, bien évidemment, pas intervenir. Si les deux la sollicitent (3), il paraît inconcevable que le juge la refuse, car, de toute façon, les parties sont libres de mettre fin à leur contrat (4). Or, si un seul des auteurs de l'acte demande la nullité totale, il lui incombe d'établir que lui-même n'aurait pas conclu cet acte en connaissance de cause. Il importe donc peu de savoir si la volonté hypothétique a été ou non une volonté commune aux deux parties, pourvu que le demandeur n'invoque pas des motifs personnels inconnus du cocontractant (5). Il en découle une conséquence relativement importante, déjà admise par quelques auteurs et arrêts allemands (6) et évidente dans le système suisse : c'est que les parties peuvent librement renoncer à faire valoir la volonté hypothétique si,

378. - (7) Cf. *supra*, n°s 348-349 et les références citées.
(8) Cf. *supra*, n° 365 et les références citées.

379. - (1) Il s'agit, en fait, purement et simplement de la solution suisse, jusqu'à présent du moins.
(2) Comp. : en droit positif, la théorie de la cause commune ou de l'erreur commune.
(3) Ce qui peut se produire, par exemple, si le litige, portant dans une première phase sur la nullité d'une clause isolée, a été résolu dans le sens de la nullité de cette clause.
(4) Sous réserve de situations particulières, telle que celle du contrat de mariage, qui est indissoluble.
(5) Il y a là une équivoque terminologique à lever, relative à la distinction entre volonté « connue » du cocontractant et volonté « commune ». La première est une volonté unilatérale, propre à l'une des parties, mais dont l'autre n'a rien ignoré. La seconde est une volonté, un but, appartenant en commun aux deux parties. Ces définitions paraissent évidentes. Mais la confusion entre « connu » et « commun » est précisément faite dans les théories de la cause et de l'erreur commune. Il s'agit, en réalité, de cause ou d'erreur « connue » du cocontractant.
(6) Cf. *supra*, note 5 n° 359.

à l'époque du litige, elles estiment préférable de s'en tenir à ce qui reste valable de leur acte. En particulier, si une disposition nulle était dans l'intérêt exclusif de l'une des parties, ce qui est le plus souvent le cas, et si, sans elle, cette partie n'aurait pas contracté, l'autre partie ne peut pas faire valoir cette volonté hypothétique pour faire annuler l'acte tout entier si la partie seule intéressée préfère, en définitive, le maintien de l'acte. En droit allemand, où la nullité totale est le principe, cette solution était fondée sur la notion de bonne foi. Avec la rédaction que nous proposons, calquée sur le texte suisse, ce problème particulier ne se pose même pas. Cela ne ressort pas directement de la lettre du texte ; c'est une conséquence de la répartition de la charge de la preuve qu'implique ce texte. Celui qui veut obtenir l'annulation totale doit prouver qu'il n'aurait pas conclu l'acte. Il serait mal venu d'invoquer la volonté hypothétique de son partenaire.

3) La délimitation du champ d'application du texte.

380. — Outre les solutions de principe quant à l'étendue de la nullité et quant au critère de détermination de cette étendue, la délimitation du champ d'application du texte projeté revêt une importance essentielle.

Il ressort de l'étude du droit positif français que toutes les causes de nullité donnent lieu, plus ou moins fréquemment, à des annulations partielles. Le nouveau texte ne devra donc mentionner aucune cause de nullité, de sorte qu'il puisse valoir pour toutes les hypothèses. En outre, il devra s'appliquer à tous les actes juridiques, aussi bien à titre gratuit qu'à titre onéreux. Enfin et surtout, sa formulation, ou du moins son interprétation, devra être assez large pour qu'elle englobe toutes les espèces de nullité partielle : nullité d'une clause d'un acte « simple », nullité d'une opération d'un acte « complexe », nullité partielle d'une stipulation quantitative ou des effets d'une stipulation, nullité à l'égard de certaines personnes seulement et non à l'égard des autres (1). Il est évidemment difficile, sinon impossible, de trouver une formule qui recouvre nécessairement toutes ces hypothèses. Mais l'analyse des droits allemand et suisse prouve que cela n'est pas absolument indispensable. Il suffit que les intentions du législateur ressortent clairement des travaux préparatoires pour que l'interprétation du texte ne fasse pas l'objet de contestations. Ainsi, le texte français du Code suisse des obligations emploie le terme de « clause »

380. - (1) La Commission de réforme du Code civil a estimé que pour cette dernière hypothèse — la nullité d'un acte vis-à-vis de certaines personnes seulement — un texte spécial était nécessaire. Cf. Travaux de la Commission 1947-1948, p. 77, art. 67, al. 2, et p. 346, art. 65. Telle est également la solution du droit italien : art. 1420 du Code civil. Un tel texte ne nous semble pas indispensable.

qui est précisément interprété de façon si large qu'il comprend toutes les situations possibles (2). Le texte allemand du même Code et le texte du Code civil allemand parlent de « partie ». Cela semble préférable, car ce concept est plus large que celui de clause (3). Pourtant, dans la langue française, l'adoption de ce terme suscite des hésitations, car il désigne en même temps les auteurs de l'acte. Même si les confusions ne sont pas réellement à craindre, il est préférable de ne pas employer dans une matière un même terme dans deux sens totalement différents. Il nous semble qu'une autre solution est possible. Elle réside dans l'emploi du terme « disposition » (4). Celui-ci n'a pas un sens technique aussi précis que celui de « clause ». Il pourrait être interprété, sans déformer son sens habituel, de telle sorte qu'il recouvre toutes les situations envisagées, mieux même que la notion de « partie ». Une fraction matérialisée de l'acte, telle une clause ou un ensemble de clauses constituant une opération juridique d'un acte « complexe », sera évidemment considérée comme une « disposition » de cet acte. Mais il pourra en être de même, nous semble-t-il, pour la fraction excessive d'une stipulation quantitative, pour la participation d'une personne, ainsi que pour un élément plus abstrait encore de cet acte, tel qu'un effet déterminé, dont la suppression n'affecte en rien l'aspect extérieur de l'acte.

§ 2. — Les conditions et modalités de l'application de ces données de base.

Nous avons défini, ainsi, les éléments d'un texte qui, par une formule unique, permettrait de résoudre le problème de l'étendue de la nullité conformément à la règle de l'autonomie de la volonté. Mais il ressort de l'examen des solutions jurisprudentielles actuelles, ainsi que de l'analyse des systèmes étrangers, que la mise en œuvre d'une telle règle générale est subordonnée à certaines conditions et doit

380. - (2) Cf. *supra*, n° 362.
(3) Cf. *supra*, n° 343.
(4) L'avant-projet de la partie générale du Code civil, préparé par M. Houin dans le cadre des Travaux de la Commission de réforme du Code civil et adopté par la Sous-Commission de la partie générale, comprenait un texte (art. 20) qui devait constituer une synthèse de la jurisprudence relative aux articles 900 et 1172 et qui employait précisément ce terme de « disposition » :

> « La nullité d'une des dispositions d'un acte n'entraîne la nullité totale de celui-ci que si cette disposition a été déterminante de la volonté des auteurs de l'acte. »

Cf. Travaux de la Commission de réforme du Code civil 1946-1947, p. 56 et pp. 93 ss. Ultérieurement un autre texte, utilisant le terme de « clause » a été préféré : cf. Travaux de la Commission de réforme, 1947-1948, p. 77, art. 67, et p. 346, art. 64.

subir certaines limitations et exceptions. Même si ces précisions ne devaient pas être intégrées au texte, il n'en importe pas moins qu'elles soient clairement définies et, en quelque sorte, sous-entendues par le législateur, de sorte qu'elles aient leur place, sinon dans le texte, du moins dans son interprétation.

1) La divisibilité objective.

381. — La première limitation n'est qu'une déduction logique : pour que la règle puisse s'appliquer il faut que la nullité partielle soit matériellement possible, c'est-à-dire que l'acte soit divisible du point de vue objectif (1). Si le vice n'affecte l'acte qu'en partie, mais s'il est impossible de séparer cette partie viciée de la partie valable, la nullité sera néanmoins totale. Il en sera de même si le vice anéantit intégralement un élément essentiel de l'acte (2). Il faut, en somme, que la partie non viciée soit susceptible d'une existence autonome. Cette idée nous paraît capitale. Non seulement elle est susceptible d'englober les deux hypothèses citées, mais elle permet d'éviter le recours au concept d'indivisibilité qu'il est préférable d'employer le moins possible (3).

Par ailleurs, à travers cette formule, il est possible de préciser *a posteriori* le concept de « disposition », précédemment évoqué. Il y aura « disposition » nulle au sens du texte projeté chaque fois que la nullité anéantit un élément

> « dont la suppression dans l'acte laisse cependant subsister quelque chose qui pourrait constituer le contenu d'un acte juridique autonome (4) ».

C'est cette idée qui devrait guider le juge, bien plus qu'une définition abstraite d'une quelconque notion de clause, de partie ou de disposition. Elle correspond parfaitement à cette observation simple mais fondamentale, selon laquelle la sanction d'un vice doit être adaptée à sa gravité. En principe, c'est seulement ce qui est vicié qui doit être supprimé, à moins, précisément, que ce qui reste soit informe et non-viable. Ce n'est qu'une fois cette question préalable résolue que le critère intentionnel doit intervenir. Pour toutes ces raisons, il nous semble qu'il ne serait pas inopportun d'introduire

381. - (1) Voir l'examen de ce problème en droit positif français, *supra*, n°s 296-301, en droit allemand n° 353 et en droit suisse n° 367.
(2) Si cet élément essentiel est seulement quantitativement excessif, la nullité partielle est réalisable sous forme de réduction.
(3) Cf. *supra*, n° 310.
(4) Telle est la définition que donnait un auteur allemand de la notion de « partie » au sens de l'article 139 du Code civil allemand. Cf. *supra*, n° 343. Comp. pour la notion de clause de l'article 20, al. 2, du Code suisse des obligations, n° 362.

cette idée dans le texte, bien que cela ne soit pas absolument indispensable.

2) La valeur subsidiaire du texte général.

382. — La seconde limitation assignée à l'application d'un texte général relatif à la nullité partielle est peut-être plus importante encore que la précédente, du fait notamment qu'elle ne constitue pas, comme celle-ci, une déduction évidente. Il s'agit de la valeur subsidiaire que devra revêtir un tel texte (1). Celui-ci fournira, en effet, une solution de principe. Mais comme toute solution de principe, elle ne vaudra qu'à défaut de dispositions législatives particulières. Celles-ci peuvent être de deux sortes. Il est évident que lorsque la loi prévoit expressément une solution différente — soit la nullité totale, soit la nullité partielle impérative —, le texte général doit être écarté. Mais il y a tout lieu de croire que cela ne sera que rarement le cas. Les textes qui contiennent des dispositions relatives à l'étendue de la nullité sont tout à fait exceptionnels. Et encore ne sait-on pas, le plus souvent, si ces dispositions sont impératives ou seulement supplétives. Ce sont donc les exceptions implicites qui sont les plus nombreuses et aussi les plus délicates à déceler. L'examen du droit positif français nous a permis de mettre en évidence l'existence de telles hypothèses et l'étude des systèmes allemand et suisse a confirmé qu'il s'agit d'un phénomène qui n'est pas propre au droit français. Le fondement de ces exceptions qui tiennent en échec la règle générale, c'est-à-dire le critère intentionnel, réside dans la notion d'ordre public (2). Celui-ci est généralement satisfait par l'anéantissement de ce qu'il prohibe, l'étendue de la nullité lui étant indifférente ; parfois, cependant, cette étendue doit elle-même être déterminée en tenant compte de ses exigences. Nous avons admis — et, une fois de plus, l'étude des systèmes allemand et suisse a confirmé notre hypothèse — que le critère de cette intervention de l'ordre public en matière d'étendue de la nullité ne pouvait être trouvé que dans le but de la loi prohibitive. Si ce but est atteint, ce qui est normalement le cas, par la suppression de ce qui est vicié et si le sort de l'acte lui-même est indifférent, le critère intentionnel pourra être mis en œuvre. Mais s'il s'avère, au contraire, que l'acte doit être impérativement maintenu en partie (3) ou anéanti totalement pour que le but de la loi puisse être atteint, pour que sa sanction soit efficace, alors le critère intentionnel devra être tenu en échec.

382. - (1) Sur ce point également les travaux des auteurs allemands sont extrêmement clairs et peuvent valoir aussi pour le droit français, nous semble-t-il. Cf. *supra*, n°s 354-357.

(2) Cf. *supra*, n°s 325 ss., des développements plus détaillés consacrés à ce problème.

(3) En pratique, c'est surtout ce cas qui se présente relativement souvent.

C'est au juge, et à lui seul, qu'incombe la charge de mettre en pratique cette idée. Chaque fois qu'un problème d'étendue de la nullité se présentera à lui, il devra se demander si la norme prohibitive, en vertu de laquelle une disposition de l'acte est nulle, ne contient pas, expressément ou tacitement, la solution de ce problème. Ce n'est qu'en cas de réponse négative qu'il pourra recourir à une règle générale fondée sur l'autonomie de la volonté. Telle est la signification de la valeur subsidiaire de cette règle générale.

En droit positif, on est évidemment loin d'une telle situation. Les tribunaux se montrent extrêmement prudents. On ne trouve que quelques décisions isolées qui correspondent à cette idée, les autres préférant s'abriter derrière les critères traditionnels. Une telle situation est regrettable. C'est pourquoi il nous semble qu'une réforme en notre matière devrait introduire cette idée dans le texte, afin de supprimer toute équivoque.

3) Le rôle de la notion de bonne foi.

383. — Si cette limitation du critère intentionnel de détermination de l'étendue de la nullité par la notion d'ordre public semble pouvoir être intégrée sans trop de difficultés dans le droit positif parce qu'en fait elle y est déjà contenue en germe, il est une dernière limitation dont l'admission paraît beaucoup plus problématique. Il s'agit de la notion de bonne foi.

Au cours des développements consacrés aux solutions du droit positif français, nous avons, à plusieurs reprises, fait allusion à cette notion (1) et au rôle qu'elle aurait éventuellement à jouer en notre matière. Et elle tient, précisément, une place relativement importante dans les systèmes allemand et suisse (2).

Certes, telle que nous préconisons la réforme, celle-ci éviterait déjà un certain nombre de difficultés que la situation actuelle laissait apparaître. En effet, du fait que nous posons comme solution de principe la nullité partielle (3), il incombera à celui qui veut faire tomber l'acte tout entier d'établir que cet acte n'aurait pas été conclu sans la disposition nulle. En pratique, il devra prouver que lui-même

383. - (1) Cf. *supra*, note 5 n° 97, n° 107, n° 207 et la note 3 n° 229. V° également n° 283 et la note 2, note 6 n° 300.

(2) Cf. *supra*, n°s 358-359 et n° 369. Sur le contenu de cette notion dans ces deux systèmes, cf. *supra*, note 1 n° 358 et la citation de M. Deschenaux, n° 369. Il s'agit donc d'une notion de bonne foi entendue dans un sens très large et non dans le sens précis qu'elle possède dans le Code civil français. Cette différence de définition accentue encore la difficulté d'une éventuelle application, en notre matière, en droit français.

(3) Cf. *supra*, n° 376.

n'aurait pas conclu cet acte. Il ne pourra en aucun cas invoquer la volonté hypothétique de son cocontractant. Ainsi, le problème du caractère unilatéral ou bilatéral du critère intentionnel, qui était à l'origine de certains abus (4), ne se pose plus. En outre, la prise en considération du but de la loi pourrait permettre, le cas échéant, non seulement d'écarter le critère intentionnel de l'étendue de la nullité, mais aussi, s'il s'agit d'un texte d'ordre public de protection, de refuser l'action en nullité de la disposition prohibée par ce texte à tout autre qu'au protégé. Cela éviterait que son cocontractant puisse obtenir la nullité de l'acte tout entier par le biais de l'action en nullité de la disposition en question, alors que celle-ci est à son avantage exclusif et qu'il ne peut, de bonne foi, invoquer sa nullité. Pourtant, comme il est généralement admis que l'action en nullité absolue est ouverte à tout intéressé, il est douteux que les tribunaux puissent refuser l'action au cocontractant dans un tel cas.

Quoiqu'il en soit, ces particularités n'écartent pas toutes les difficultés. D'une part, il n'y a pas toujours ordre public de protection, alors que les diverses dispositions d'une convention sont le plus souvent dans l'intérêt exclusif de l'une ou de l'autre des parties. D'autre part, si la répartition de la charge de la preuve, telle qu'elle résulterait du texte que nous préconisons, évite certaines difficultés, elle en laisse subsister d'autres (5).

Il apparaît donc qu'il faut trouver une solution plus vaste, qui englobe toutes les hypothèses dans lesquelles, en dehors de l'intervention de la notion d'ordre public, le critère intentionnel devrait être tenu en échec. Et c'est dans la notion de bonne foi que résiderait, nous semble-t-il, cette solution. Elle permettrait de couper court à tout usage abusif du critère intentionnel.

Nous avons déjà relevé la parenté existant entre la notion de bonne foi, au sens large auquel nous l'entendons ici, et la notion d'abus du droit. Il s'agit, en définitive, d'éviter qu'un texte dont nous avons suffisamment démontré l'opportunité, ne puisse être détourné de sa propre finalité. Or, ce danger est réel. Nous l'avons signalé à plusieurs reprises (6). Et l'importance accordée par les auteurs allemands et suisses à cette question prouve bien qu'elle n'est pas purement théorique. Les exemples qu'ils citent sont d'ailleurs convainquants (7).

384. — Qu'il nous soit permis d'en ajouter un dernier, tiré, cette fois, de la jurisprudence française. Il constituera en même temps la

383. - (4) Cf. *supra*, n° 283.
(5) Cf. *supra* la note 2 n° 283.
(6) Cf. les références citées *supra* en note 1.
(7) Cf. *supra*, n° 359.

meilleure démonstration de la possibilité concrète d'application de cette notion de bonne foi. Il s'agit, en effet, d'une espèce — la seule, à notre connaissance — dans laquelle une juridiction française a précisément refusé une annulation totale en se fondant expressément sur la notion de bonne foi, exactement dans les conditions que nous préconisons. Il y avait eu une cession d'un fils à son père, avec une clause d'inaliénabilité viagère à la charge du cessionnaire. Le fils demande la nullité de la clause et, par suite, la nullité de la cession. Le Tribunal civil de Mayenne, dans un jugement du 26 novembre 1936 (1), constate la nullité de la clause, mais estime qu'elle n'a pas été essentielle et déterminante. Mais il déclare en outre :

> « que cette prohibition n'a pu être stipulée que dans l'intérêt de Lepant fils et constitue une charge véritable à Lepant père ; qu'il serait inadmissible qu'une des parties contractantes puisse imposer au cocontractant une condition dont il pourrait se réclamer pour se soustraire à ses obligations ; QU'UNE TELLE MANŒUVRE CONSTITUERAIT UNE ATTEINTE INTOLÉRABLE A LA BONNE FOI QUI DOIT DOMINER TOUTE CONVENTION. »

L'annotateur de cette décision (2) la critique vivement sur ce point.

> « L'assertion du jugement, dit-il, aboutirait fatalement à interdire aux deux contractants d'invoquer la nullité d'une clause illicite... car tous deux l'ont consentie... ; tous deux manqueraient également « à la bonne foi qui doit dominer toute convention » en s'autorisant de cette nullité, l'un pour reprendre le bien malgré sa cession, l'autre pour l'aliéner malgré sa promesse... »

Cette critique nous paraît totalement injustifiée. Ce n'est bien évidemment pas le fait d'invoquer la nullité de la clause d'inaliénabilité qui constitue une atteinte aux règles de la bonne foi. Ce qui est répréhensible, c'est le fait de se servir de cette nullité comme d'un prétexte pour se soustraire à des obligations tout à fait régulières. Ici, le fils profitait de cette clause. Il n'avait aucun intérêt valable à en provoquer l'annulation, sinon, précisément, pour utiliser cette nullité comme un moyen de se délier d'un contrat devenu gênant pour lui.

385. — De façon générale, un contrat est fait de stipulations antagonistes (1). Chaque partie accepte un certain nombre d'obligations, de charges, de modalités. Lorsque l'un de ces éléments est nul, celui pour qui il constitue une obligation en demandera, le cas échéant, l'annulation. Et c'est le cocontractant qui prétendra que, sans cette

384. - (1) J.C.P., 1937, n° 126, note H. M., G.P., 1937.I.213.
(2) J.C.P. précité.

385. - (1) Sous réserve des conventions ou stipulations d'intérêt commun, qui existent, mais constituent cependant l'exception.

obligation de son partenaire, il n'aurait pas contracté. Tel est le schéma normal d'un litige portant sur l'étendue de la nullité d'une convention (2). Par rapport à ce schéma, deux déviations sont possibles. Il se pourra, d'une part, que celui qui a demandé la nullité d'une clause ou d'une stipulation qui constituait une obligation pour lui réclame également la nullité totale. Or, il ne peut pas prétendre qu'il n'aurait pas contracté sans la disposition nulle, c'est-à-dire à des conditions plus favorables pour lui ! S'il demande la nullité totale, c'est afin de n'avoir pas à respecter un contrat qui le gêne pour des raisons que le droit ne saurait reconnaître et qui, de toute façon, n'ont aucun rapport avec la nullité de la disposition viciée. La répartition de la charge de la preuve résultant du texte que nous préconisons permettra de rejeter cette action en nullité totale, sans recourir à la notion de bonne foi, bien que celle-ci soit sous-jacente. Mais il est possible aussi, d'autre part, que le bénéficiaire lui-même d'une disposition en demande la nullité, comme dans l'espèce jugée par le Tribunal civil de Mayenne, uniquement pour pouvoir se défaire ensuite du contrat en prétendant qu'il ne l'aurait pas conclu sans la disposition nulle. Cette fois, la charge de la preuve ne permet pas d'éviter cet abus, car il est effectivement possible que sans cette disposition le demandeur n'aurait pas accepté de contracter. Et il ne semble pas que, dans l'état actuel de la théorie des nullités, il soit possible de lui refuser une action en nullité absolue, sous prétexte que la disposition litigieuse est à son propre avantage et qu'il n'a donc aucun intérêt à en demander la nullité. Il faudra donc effectivement annuler la disposition en question, mais refuser l'annulation totale qui était le seul objectif véritable du demandeur. Manifestement, la nullité de la disposition ne constitue pour lui qu'un prétexte. D'une façon ou d'une autre, de tels abus doivent être réprimés. Il nous semble que l'appel à la notion de bonne foi constitue le moyen le plus commode.

386. — Etant donné la nouveauté d'un tel usage de la notion de bonne foi, il est peu vraisemblable que la jurisprudence le consacre sans qu'un texte législatif ne l'y invite explicitement. Pourtant, l'article 1134, al. 3 du Code civil, qui déclare que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi », ne pourrait-il pas — à l'instar de l'article 2 du Code civil suisse (1), auquel il ressemble fort — être appliqué dans notre hypothèse ? Prendre prétexte de la nullité d'une clause, dans les circonstances ci-dessus décrites, pour faire annuler un contrat, n'est-ce pas précisément refuser de mauvaise foi d'exécuter ce

385. - (2) Pour les actes unilatéraux de tels problèmes ne sont guère concevables.

386. - (1) Cf. *supra*, n° 369.

contrat ? Rien n'interdirait, nous semble-t-il, de recourir à l'article 1134, al. 3 pour corriger les abus dont un texte général relatif à l'étendue de la nullité serait susceptible. Mais, pour plus de sécurité, il serait peut-être utile d'intégrer dans un tel texte une disposition qui consacrerait directement l'usage de la notion de bonne foi. Certes, le système allemand (2) prouve que la limitation apportée à un texte général par cette notion ne nécessite pas forcément un support textuel. Mais en l'état actuel du droit positif français, il peut paraître préférable d'attirer l'attention du juge sur ce point par une mention spéciale.

Nous avons ainsi défini les contours d'une réforme en matière d'étendue de la nullité. Il ne nous reste plus qu'à proposer une formule précise.

Section III

PROPOSITION DE TEXTE

387. — Telle que nous la souhaiterions, une réforme en notre matière devrait comprendre six facteurs :

1) Une solution de principe : la nullité partielle.

2) Le critère de détermination de l'étendue de la nullité : l'autonomie de la volonté.

3) Le champ d'application du texte.

4) La condition préalable de divisibilité objective, c'est-à-dire de la possibilité d'existence autonome de la partie valable de l'acte.

5) La valeur subsidiaire de la règle.

6) La limite imposée par la bonne foi.

Ces facteurs ne sont pas tous d'égale importance. Les trois premiers, en tout cas, sont essentiels. Ils constituent la structure même de la réforme. Les trois autres peuvent éventuellement être sous-entendus, si l'on juge préférable de ne pas trop surcharger le texte de précisions. De ce fait, il est possible d'envisager des formules plus ou moins développées (1).

388. — Comme texte de base, ne comprenant que les trois facteurs essentiels, nous proposerions la rédaction suivante :

386. - (2) Cf. *supra*, n°s 358-359.

387. - (1) Nous faisons abstraction ici des éventuelles variantes que pourrait comporter le texte selon sa localisation dans le Code civil. Cf. sur ce point *supra*, n°s 372 ss.

LORSQU'UN ACTE JURIDIQUE N'EST VICIÉ QUE DANS CERTAINES DE SES DISPOSITIONS, IL RESTE VALABLE POUR LE SURPLUS, A MOINS QU'IL N'Y AIT LIEU D'ADMETTRE QUE SES AUTEURS NE L'AURAIENT PAS RÉALISÉ SANS LES DISPOSITIONS NULLES.

Cette formule est assez proche de celle du droit suisse (1), ainsi que de celle que proposait la Commission de réforme du Code civil (2), avec, cependant, quelques modifications. Le terme « acte juridique » et l'absence d'allusion à toute cause de nullité implique l'applicabilité de ce texte à tous les actes juridiques et quelle que soit la cause de nullité. Nous avons expliqué précédemment (3) pourquoi nous préférons le terme de « disposition » à ceux de « clause » ou de « partie » : toutes les catégories de nullité partielle peuvent être visées par ce terme. En particulier, l'indication selon laquelle le vice peut atteindre un acte « DANS certaines de ses dispositions » est susceptible d'attirer plus spécialement l'attention sur la possibilité d'une réduction d'une stipulation excessive ou d'une annulation limitée à certains effets d'une disposition.

389. — Sur ce texte de base, on peut éventuellement greffer les trois derniers facteurs précités, qui ne sont, en définitive, que ses conditions d'application. Parmi celles-ci, c'est la valeur subsidiaire du texte qu'il serait le plus opportun de mentionner expressément, sous la forme, par exemple, d'un alinéa second ainsi rédigé :

CETTE RÈGLE SERA TOUTEFOIS ÉCARTÉE CHAQUE FOIS QUE LE TEXTE DE LA LOI VIOLÉE OU LE BUT VISÉ PAR LE LÉGISLATEUR EXIGE UNE SOLUTION DIFFÉRENTE.

Si l'on voulait, enfin, incorporer expressément dans le texte tous les éléments du problème, afin d'en faire une construction complète et se suffisant à elle-même, la formule pourrait être la suivante :

LORSQU'UN ACTE JURIDIQUE N'EST VICIÉ QUE DANS CERTAINES DE SES DISPOSITIONS, IL RESTE VALABLE POUR LE SURPLUS S'IL EST ENCORE SUSCEPTIBLE D'UNE EXISTENCE AUTONOME, A MOINS QU'IL N'Y AIT LIEU D'ADMETTRE QUE SES AUTEURS NE L'AURAIENT PAS RÉALISÉ SANS LES DISPOSITIONS NULLES.

CETTE RÈGLE SERA TOUTEFOIS ÉCARTÉE CHAQUE FOIS QUE LE TEXTE DE LA LOI VIOLÉE OU LE BUT VISÉ PAR LE LÉGISLATEUR EXIGE UNE SOLUTION DIFFÉRENTE.

ELLE NE POURRA, EN OUTRE, ÊTRE INVOQUÉE CONTRAIREMENT AUX EXIGENCES DE LA BONNE FOI.

Si un tel texte était adopté ou si, du moins, la jurisprudence consentait à s'inspirer de son contenu, ce qui ne serait nullement

388. - (1) Cf. *supra*, n° 361.
(2) Cf. Travaux de la Commission de réforme 1947-1948, p. 346, art. 64.
(3) Cf. *supra*, n° 380.

impossible, même en l'état actuel du droit positif, la théorie des nullités aurait franchi un pas important dans le sens de la clarté et de la logique, sans que pour autant la rigueur juridique ou l'équité n'en souffrent.

Conclusion

390. — L'objectif de ce travail était, dès le départ, double. Dans une première phase, nous voulions faire un inventaire systématique — quoique non exhaustif — de tout ce qui, dans la pratique judiciaire, relevait de l'idée de nullité partielle. Nous avons choisi les exemples les plus courants et les plus typiques, en insistant plus particulièrement sur ceux qui prêtaient à discussion. De cette simple juxtaposition d'hypothèses diverses, l'on pouvait déjà dégager des leçons très importantes, tenant à l'absence de concordance entre certaines solutions, à l'existence de critères multiples de détermination de l'étendue de la nullité alors que le problème à résoudre était unique, à l'identité de nature de certaines notions dont le rapprochement n'avait guère été fait, etc...

Mais cette analyse des données du droit positif devait logiquement déboucher, dans une seconde phase, sur un effort de synthèse. Tel était l'objet de notre seconde partie. Il y avait alors lieu de s'interroger sur la signification profonde et la valeur des concepts de cause impulsive et déterminante, de condition impulsive et déterminante, d'indivisibilité, de réduction, qui constituent l'infrastructure du système jurisprudentiel français actuel. Cet examen, ainsi que celui de quelques systèmes étrangers, nous permettait de dégager du système français en vigueur les éléments qui doivent être conservés, ainsi que ceux qui nous paraissent pouvoir remplacer les éléments qui doivent en être rejetés. Et c'est dans notre dernier chapitre, qui constitue, en réalité, la véritable conclusion de notre travail, que nous avons tenté de concrétiser le résultat de toutes nos recherches, le point d'aboutissement résidant dans la proposition d'un texte.

> « Il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, disait certes Portalis (1), parce que s'il est possible, dans une insti-

390. - (1) Locré, t. I, p. 254, cité par M. Fontaine, Travaux de l'association H. Capitant, t. VII, p. 685.

tution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule fait découvrir. »

Nous croyons, pourtant, pourvoir passer outre à cet avertissement. D'une part, il s'agit moins, en notre matière, d'une véritable nouveauté législative que de la coordination, dans une formule unique, de solutions éparses, mais généralement anciennes. D'autre part, des textes semblables ont produit des résultats heureux dans certains pays étrangers.

L'idée concrète et fondamentale qui nous a inspiré n'est autre, au fond, que celle du « *favor contractus* », ou plutôt du « *favor negotii* », corollaire du principe d'autonomie. La nullité, en tant que sanction, doit-être appliquée restrictivement. A cela s'est ajouté le fait que, de plus en plus souvent, les impératifs de l'ordre public requièrent la même sanction de la nullité partielle. Mais il faut bien reconnaître que si, en pratique, le principe d'autonomie et l'ordre public postulent ainsi, très souvent, le même résultat : la nullité partielle, celle-ci joue dans les deux cas un rôle dont l'inspiration est fondamentalement différente.

Il nous semble, en définitive, que notre étude possède les caractéristiques préconisées par Saleilles, lorsqu'il écrivait (2) que ces sortes de constructions juridiques sont profitables quand...

> « elles peuvent répondre à quelque chose de concret..., qu'elles peuvent donner la clé de certaines interprétations de volonté, ou donner un corps et comme une charpente arrêtée à certaines tendances vagues, résultant d'un ensemble de besoins ou d'idées juridiques un peu éparses et manquant d'une formule nette et précise pour se faire adopter et pour produire tout leur effet utile. »

Vu,	Vu,
Le Président de la thèse :	*Le Doyen de la Faculté :*
A. WEILL.	A. WEILL.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie, Président du Conseil de l'Université :

BAYEN.

390. - (2) Annales de droit commercial, t. VI, 1892, p. 291.

Liste des Abréviations

Al.	alinéa.
Art.	article.
Ass. plén. civ.	Assemblée plénière civile de la Cour de cassation.
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation.
Bull. Soc. Et. Lég.	Bulletin de la Société d'études législatives.
Cass.	Arrêt de la Cour de cassation.
C. civ.	Code civil.
C. com.	Code de commerce.
Cf.	conférer.
Ch.	Chambre.
Chr.	chronique.
Civ.	Arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation.
Clunet	Journal du Droit international.
Com.	Arrêt de la Chambre commercile et financière de la Cour de cassation.
Comp.	comparer.
Concl.	Conclusions.
Contra	Solution ou opinion contraire.
Crim.	Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation.
D.	Dalloz.
D.A.	Dalloz analytique.
D.C.	Dalloz critique.
D.H.	Dalloz hebdomadaire.
D. Jur. Gén.	Dalloz, Jurisprudence générale (Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence).
Doctr.	Doctrine.
D.P.	Dalloz périodique.
Dr. ouvrier	Le droit ouvrier.
Dr. social	Droit social.
Ed.	Edition.

Encycl. D.	Dalloz. Encyclopédie juridique. Répertoire de droit civil.
Ex.	exemple.
Gaz. des Trib.	Gazette des tribunaux.
G.P.	Gazette du Palais.
Infra	Ci-dessous.
J. Cl. Civ.	Juris-classeur civil.
J. Cl. Com.	Juris-classeur commercial.
J.C.P.	Juris-classeur périodique.
Journ. Not.	Journal des notaires et des avocats.
J. Soc.	Journal des sociétés.
Lég.	Législation.
Loc. cit.	référence précitée.
Obs.	Observations.
Op. cit.	ouvrage précité.
P., pp.	page, pages.
Rappr.	rapprocher.
Rep. D.	Dalloz. Nouveau répertoire de droit.
Rep. Gén. Not.	Répertoire général pratique du notariat et de l'enregistrement.
Req.	Arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation.
Rev. arbitrage	Revue de l'arbitrage.
Rev. Crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence.
Rev. Crit. D.I.P.	Revue critique de droit international privé.
Rev. dr. suisse	Revue de droit suisse.
Rev. Gén. Ass. Terr. ..	Revue générale des assurances terrestres.
Rev. Jur. Als. Lorr. ..	Revue juridique d'Alsace et de Lorraine.
Rev. Loyers	Revue des loyers.
R.T.D.Civ.	Revue trimestrielle de droit civil.
R.T.D.Com.	Revue trimestrielle de droit commercial.
s.	et la page ou le numéro suivant(e).
S.	Sirey.
S.J.	Semaine juridique.
Soc.	Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation.
Somm.	Sommaires.
Supra	Ci-dessus.
ss.	et les pages ou numéros suivants(es).
T.	Tome.
T.C.	Tribunal civil.
T. Com.	Tribunal de commerce.
T.G.I.	Tribunal de grande instance.
T.I.	Tribunal d'instance.
T. Paix	Tribunal de paix.
T. Parit.	Tribunal paritaire des baux ruraux.
V°	Voir.
Vol.	Volume.

BIBLIOGRAPHIE

I. — DROIT FRANÇAIS.

A. — Ouvrages généraux, traités et manuels.

Alauzet : Commentaire du Code de commerce, 3e éd.

Aubry et Rau : Cours de droit civil français.
— T. II, 5e éd. par Rau, Falcimaigne et Gault, 7e éd. par Esmein.
— T. V, 5e éd. par Rau, Falcimaigne et Gault, 6e éd. par Esmein.
— T. VI, 6e éd. par Esmein.
— T. VII, 6e et 7e éd. par Esmein.
— T. IX, 5e éd. par Bartin, 6e éd. par Esmein.
— T. X, 6e éd. par Esmein.
— T. XI, 5e éd. par Bartin, 6e éd. par Esmein.

Baudry-Lacantinerie : Traité théorique et pratique de droit civil, 3e éd. Avec le concours de :
Chauveau et Chéneaux, Des personnes, t. IV.
Chéneaux et Bonnecarrère, Des personnes, t. V.
Colin, Des donations entre vifs et des testaments, t. I et II.
De Loynes, Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée, t. I et II.
Lecourtois et Surville, Du contrat de mariage, t. I.
Saignat, De la vente et de l'échange.
Wahl, De la société, du prêt, du dépôt.
Des successions, t. II.

Bertauld : Questions pratiques et doctrinales.

Beudant et Lerebours-Pigeonnière : Cours de droit civil français, 2e éd.
— T. III par Breton.
— T. V *bis* par Le Balle.
— T. XII par Rodière et Percerou.

Camerlynck : Traité de droit du travail. Publié sous la direction de G.-H. Camerlynck. T. I : Contrat de travail.

Carbonnier : Droit civil, t. II, 5e éd.

Colin, Capitant et Julliot de la Morandière : Cours élémentaire de droit civil français, t. III, 3e éd.

De Juglart et Ippolito : Cours de droit commercial, 2e éd., 2e vol.

Demante : Cours analytique de Code civil, t. IV. 2e éd. par Colmet de Santerre.

DEMOLOMBE : Traité des donations entre vifs et des testaments, t. I et II.

DURAND (P.) : Traité de droit du travail, t. II, avec le concours de M. A. VITU.

ESCARRA et RAULT : Traité théorique et pratique de droit commercial.

FENET : Recueil des travaux préparatoires du Code civil.

GAUDEMET (E.) : Théorie générale des obligations.

GUILLOUARD : Traités de la vente et de l'échange, t. I, 3e éd.
— Traité du contrat de société, 2e éd.
— Traité du contrat de mariage, 3e éd.

HAMEL et LAGARDE : Traité de droit commercial, t. I.

HOUPIN et BOSVIEUX : Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales, 7e éd.

JOSSERAND : Cours de droit civil positif français, t. II et III.

LAURENT : Principes de droit civil français, t. V, X, XI, XXI.

LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD : Traité de droit commercial, t. II, 5e éd.

MARTY et RAYNAUD : Droit civil, t. I.

MAZEAUD (H., L. et J.) : Leçons de droit civil, t. I (4e éd. par de JUGLART), II, III et IV (2e éd.).

MERLIN : Recueil alphabétique de questions de droit, t. IV.
— Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, t. V et XXV.

PARDESSUS : Cours de droit commercial.

PLANIOL et RIPERT : Traité pratique de droit civil français, 2e éd.
— T. I par R. et J. SAVATIER.
— T. II par ROUAST (1re et 2e éd.).
— T. III par PICARD.
— T. IV par MAURY et VIALLETON.
— T. V par TRASBOT et LOUSSOUARN.
— T. VII par ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE.
— T. VIII par BOULANGER.
— T. X par HAMEL, GIVORD et TUNC.
— T. XI par LÉPARGNEUR.
— T. XII par BECQUÉ.
— T. XIII par BECQUÉ.

RIPERT, DURAND et ROBLOT : Traité élémentaire de droit commercial, 4e éd.

RIPERT et BOULANGER : Traité élémentaire de droit civil, t. I, III et IV.

Travaux de la Commission de réforme du Code civil. Années 1945-1946 ; 1946-1947 ; 1947-1948 ; 1948-1949.

TROPLONG : Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. Du contrat de mariage, t. I.

B. — Monographies et thèses.

ARCHAMBAULT : Les libéralités grevées de charges et les fondations pieuses sous l'empire de la loi du 13 avril 1908. Thèse Paris, 1909.

ARLET : Les sociétés léonines. Thèse Toulouse, 1957.

AUBENQUE : Des donations entre vifs comparées avec les contrats à titre onéreux. Thèse Montpellier, 1903.

BAJOTET : Les variations de l'incapacité du mineur à raison de son âge. Thèse Dijon, 1941.

BARATHON : De la divisibilité des clauses du contrat de mariage. Thèse Paris, 1913.

BARTIN : Théorie des conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs. 1887.

BASTIAN : Essai d'une théorie de l'inopposabilité. Thèse Paris, 1929.

BERTIN : La clause d'échelle mobile en droit privé. Thèse Paris, 1953.

BERTRAND : La notion d'ordre public en matière de nullités. Thèse Lille, 1939.

BÉTIN : Des conditions ou charges d'ordre confessionnel insérées dans les libéralités aux personnes morales publiques. Thèse Rennes, 1933.

BIENVENUE : Des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs dans les actes à titre gratuit. Thèse Rennes, 1899.

BLANC : Théorie de la réduction des engagements contractés par le mineur émancipé. Thèse Lyon, 1912.

BLOND : Le fondement de la lésion. Thèse Lille, 1935.

BOUYSSOU : Les libéralités avec charges en droit civil français. 1947.

CAPITANT (H.) : De la cause des obligations, 3e éd. 1927.

CHAMPEAUX : Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français. Thèse Strasbourg, 1931.

CHAZOTTIER : De la clause d'échelle mobile dans le prêt d'argent entre particuliers. Thèse Lyon, 1956.

CLAPS-LIENHART : L'ordre public. Essai. Thèse Lyon, 1934.

CLAUDE : Etude de la clause d'exclusivité de fournitures insérée dans les contrats conclus entre les brasseurs et leurs clients. Thèse Strasbourg, 1949.

CLÉMENT : Le problème de la prodigalité et son évolution dans la jurisprudence. Thèse Lille, 1934.

DABIN : La théorie de la cause. Articles 1131-1133 du Code civil. Etude d'histoire et de jurisprudence. Thèse Liège, 1919.

DAGOT : La simulation en droit privé. 1967.

DALEM : L'extension de la notion de lésion dans les contrats d'après la jurisprudence et la pratique contemporaines. Thèse Paris, 1937.

DANJOU : Influence du déguisement sur la validité des donations. Thèse Lille, 1936.

DE GAUDIN DE LAGRANGE : L'intervention du juge dans le contrat. Thèse Montpellier, 1935.

DEJEAN : Réactions de la loi, de la jurisprudence et de la pratique contre l'inorganisation de l'indivision héréditaire. Thèse Montpellier, 1935.

DELATTRE : Des effets des charges apposées aux libéralités entre vifs ou testamentaires. Thèse Paris, 1897.

DEMONTÈS : De la lésion dans les contrats entre majeurs. 1924.

DIJOL : La nullité des contrats lésionnaires. Thèse Montpellier, 1919.

DOUCET : L'indexation. Thèse Paris, 1962.

DOUXAMI : La notion jurisprudentielle de la lésion. Thèse Paris, 1951.

DROGOUL : Essai d'une théorie générale des nullités. Thèse Paris, 1902.

DUCLOS : De l'article 900 et des conditions relatives à la liberté du mariage. Thèse Alger, 1920.

DUCOIN : Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil français. Thèse Lyon, 1913.

DUPEYROUX (J.-J.) : Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit. Thèse Toulouse, 1955.

DURAND (P.) : Des conventions d'irresponsabilité. Thèse Paris, 1931.

DURIEUX : Les prêts indexés. Thèse Paris, 1956.

EL BASSOUNI : La lésion en droit comparé. Thèse Strasbourg, 1943.

FARIBAULT : Les nullités du contrat de mariage. Thèse Paris, 1905.

FARJAT : L'ordre public économique. 1963.

GAUDET DE LESTARD : Des conditions impossibles ou illicites insérées dans les libéralités entre vifs ou testamentaires. Thèse Poitiers, 1899.

GENY : Science et technique en droit positif. Paris, 1914, t. I.
— Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. 2e éd., 1919, t. I.

HAMEL (Joseph) : La notion de cause dans les libéralités. Etude de la jurisprudence française et recherche d'une définition. Thèse Paris, 1920.

HÉMARD (Joseph) : Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait. 2e éd., 1926.

HUBRECHT : La dépréciation monétaire et la stabilisation. Leurs effets sur l'exécution des obligations. Thèse Strasbourg, 1928.

HUGUET : L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur. 1962.

JAPIOT : Des nullités en matière d'actes juridiques. Thèse Dijon, 1909.

JEAN-FRANÇOIS : L'indexation dans les contrats et les décisions judiciaires. Thèse Rennes, 1959.

JOSSERAND : Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé. 1928.

KHALIL : Le dirigisme économique et les contrats. Etude de droit comparé : France, Egypte, U.R.S.S. 1967.

KUHN : L'exhérédation en droit civil français. Thèse Strasbourg, 1943.

LAMARCHE : La réduction judiciaire des honoraires excessifs. Thèse Dijon, 1936.

LEPELLETIER : Des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs. Thèse Paris, 1889.

LE ROUX : Les prohibitions d'aliéner insérées dans les contrats et testaments. Thèse Rennes, 1930.

LIENHARD : Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé et en droit international privé. Thèse Dijon, 1934.

LOYER : Les actes inexistants. Thèse Rennes, 1908.

LUTZESCO : Théorie et pratique des nullités. T. I : Nullité des actes juridiques à caractère patrimonial. 1938.

MALAURIE : L'ordre public et le contrat. Etude de droit civil comparé. 1953.

MAUBERT : Les clauses léonines dans les sociétés commerciales. Thèse Paris, 1962.

MAUPAIN : Les clauses d'exclusivité en droit français et allemand. Thèse Bordeaux, 1963.

MAURY : Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français. T. I : La notion d'équivalence en matière contractuelle. Thèse Toulouse, 1920.

NÉGEL : De la clause d'inaliénabilité dans les actes à titre gratuit. Thèse Paris, 1915.

OTETELESANU : Effets de la condition impossible, illicite et contraire aux mœurs dans les actes à titre gratuit. Thèse Paris, 1910.

PAMIER : Un nouvel aspect de l'assurance des frais de procès : l'assurance litige. Thèse Paris, 1943.

PANIEN : Théorie générale des conditions impossibles, illicites et immorales dans les libéralités en droit français. Thèse Caen, 1899.

PÉAN : De la réductibilité du salaire du mandataire. Thèse Rennes, 1936.

PÉROT-MOREL : De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat. 1961.

PERRIN : Essai sur la réductibilité des obligations excessives (en dehors des questions de réserve, de sûretés et de garantie). Thèse Paris, 1905.

PERROT : De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques. 1953.

PIEDELIÈVRE : Des effets produits par les actes nuls. Thèse Paris, 1911.

QUANTIN : Des actes d'aliénation concernant une chose indivise. Thèse Lille, 1907.

RICHIER : Régime des sociétés nulles à raison de leur objet ou du consentement des parties. Thèse Paris, 1910.

RIEG : Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand. 1961.

RIST : L'échelle mobile dans les contrats et dans les jugements. Thèse Paris, 1953.

RIPERT : Le régime démocratique et le droit civil moderne. 2e éd., 1948.

ROUSSEAU : De la succession testamentaire du mineur de plus de seize ans. Thèse Paris, 1933.

SIBICIANO : Théorie générale des renonciations en droit civil français. Thèse Paris, 1932.

SIMON : L'ordre public en droit privé. Thèse Rennes, 1941.

SORTAIS : Le titre et l'émolument. 1961.

TANAGHO : De l'obligation judiciaire. Etude morale et technique de la révision du contrat par le juge. 1965.

TERRÉ : L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications. 1957.

THÉODORESCO : La théorie de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux en droit français. Thèse Paris, 1923.

TOUCHARD : La lésion en droit civil français dans le cadre de la justice d'équité. Thèse Rennes, 1960.

TRÉCA : Des donations mutuelles entre époux faites par le même acte accessoirement à un contrat principal. Thèse Paris, 1904.

VALMONT : Le fondement juridique de la lésion dans les contrats entre majeurs. Thèse Caen, 1938.

VERDIER (J.-M.) : Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits. Thèse Paris, 1953.

VIGNERON : Les rémunérations non tarifées dans les professions non salariées. Thèse Paris, 1958.

VINCENS : De la condition du prodigue dans le droit civil français. Thèse Montpellier, 1930.

VIRAVAUD : Le caractère d'ordre public des lois sur les baux commerciaux. Thèse Paris, 1960.

C. — Articles, chroniques et commentaires.

ASSOCIATION H. CAPITANT : La notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé. Travaux de l'Association H. Capitant. 1952, t. VII.

— Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé. Travaux de l'Association H. Capitant. 1960, t. VIII.

— Inexistence, nullité et annulabilité en droit civil. Travaux de l'Association H. Capitant. 1962, t. XIV.

AZARD : L'instabilité monétaire et la notion d'équivalence dans le contrat. J.C.P., 1953.I, n° 1092.

BASTIAN : La réforme du droit des sociétés. J.C.P., 1967.I, n° 2121.

BECQUE (J.) : Articles 815-842 C. civ., J. Cl. Civ.

BLIN : Le délit d'usure... Commentaire de la loi du 28 décembre 1966. J.C.P., 1967.I, n° 2084.

BOULANGER (J.) : La réforme du partage d'ascendant par la loi du 7 février 1938. D.H., 1938, chr., p. 41.

— Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques. R.T.D.Civ., 1950, p. 1.

BOUZAT : De la clause par laquelle une partie, dans une convention, s'engage à ne pas en demander la nullité. Rev. Crit., 1934, p. 350.

BRACKERS D'HUGO : Les libéralités au profit d'enfants adultérins ou incestueux. G.P., 1938.II, Doctr., p. 20.

BRETON : Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Le déguerpissement en droit civil français. R.T.D.Civ., 1928, p. 261.

BUFFELAN-LANORE : L'autonomie de la volonté en matière d'exhérédation. R.T.D. Civ., 1966, p. 456.

CALAIS-AULOY : Articles 476-487 C. civ. J. Cl. Civ.

CAPITANT (H.) : La répression de l'usure. D. 1935, chr., p. 61.

— Le régime de la violation des contrats. D.H., 1934, p. 1.

— Du sort du contrat contenant une clause annulée comme contraire aux lois sur le cours légal et le cours forcé du billet de banque. D.H., 1927, chr., p. 1.

— De l'effet de la suppression du cours forcé sur les clauses de payement en or ou en monnaies étrangères. D.H., 1928, chr., p. 53.

— De l'effet de la loi du 25 juin 1928 sur les clauses de payement en monnaies étrangères. D.H., 1929, chr., p. 13.

CHAUVEAU : Marchandises avant et après palan. J.C.P., 1956.I, n° 1305.

Congrès international de l'arbitrage, Paris, 11-13 mai 1961 : Du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire. Dissociation de la nullité de cette clause de celle du contrat principal. Travaux du congrès. Rev. arbitrage, 1961, p. 48.

DE BERSAQUES : L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion. Mélanges Dabin, 1963, t. II, p. 487.

DE LA MARNIÈRE : Monnaie de compte et monnaie de payement. D. 1951, chr., p. 169.

— La clause d'indexation. J.C.P., 1959.I, n° 1510.

DEMOGUE : De la violence comme vice du consentement. R.T.D.Civ., 1914, p. 435.

DEMONTÈS : Observations sur la théorie de la lésion dans les contrats. Etudes Capitant, p. 171.

DESBOIS : Commentaire de la loi du 7 février 1938. D.P., 1938.IV.353.

DESPAX : Les partages d'ascendant : Paix des familles ou guerre des successions ? D. 1959, chr., p. 245.

DIDIER : A propos du contrat de concession : La station-service. D. 1966, chr., p. 55.

DUTHEILLET-LAMONTHÉZIE : Article 900 C. civ. J. Cl. Civ.

— Article 908 C. civ. J. Cl. Civ.

ESMEIN : Le régime de l'or et les clauses de paiement en or. G.P., 1948.I, Doctr., p. 30.

— Le prêt d'argent avec clause d'échelle mobile. G.P., 1951.II, Doctr., p. 2.

— L'interdiction de certaines clauses d'indexation des dettes de sommes d'argent. G.P., 1959.I, Doctr., p. 18.

— Indexations permises et indexations interdites. G.P., 1959.I, Doctr., p. 33.

— La querelle des indexations. G.P., 1963.I, Doctr., p. 21.

ESPAGNO : Donations entre époux indirectes, déguisées ou faites à personnes interposées. J.C.P., 1959, Ed. N., n° 1523.

FERRON : Les donations déguisées ou par personnes interposées dans l'article 1099 du Code civil. Rev. crit., 1911, pp. 41, 97, 168.

FRÉJAVILLE : Les clauses d'échelle mobile. D. 1952, chr., p. 31.

GAVALDA et STOUFFLET : La limitation des taux d'intérêts conventionnels par la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 sur l'usure. J.C.P., 1968, n° 2171.

GENDREL : Articles 967-969 C. civ. J. Cl. Civ.

GIVERDON : Articles 2044-2058 C. civ. (fasc. D.). J. Cl. Civ.

HÉBRAUD : L'or, le franc et les clauses monétaires. D. 1948, chr., p. 137.

HÉMARD (Jean) : L'économie dirigée et les contrats commerciaux, *in* Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à G. Ripert, t. II, p. 341.

HUBERT : Théorie jurisprudentielle de l'indivisibilité en matière de donations déguisées. J.C.P., 1944, chr. n° 414.

HUBRECHT : Articles 1708-1762 C. civ. (fasc. 28). J. Cl. Civ.

HUET (A.) : Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques. R.T.D. Civ., 1967, p. 45.

— Article 1398 (ancien) C. civ. J. Cl. Civ.

JAUBERT : Articles 943-948 C. civ. J. Cl. Civ.

— Articles 953-956 C. civ. J. Cl. Civ.

— Article 1002 C. civ. J. Cl. Civ.

— Articles 1848-1864 C. civ. J. Cl. Civ.

JOSSERAND : Le contrat dirigé. D.H., 1933, chr., p. 89.

— Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. R.T.D. Civ., 1957, p. 25.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : L'ordre public en droit privé interne. Etudes Capitant, 1939, p. 381.

KLEIN (Frédéric-Edouard) : Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international. Rev. crit. D.I.P., 1961, p. 579.

LALOU : Les clauses d'échelle mobile dans les baux. D.H., 1930, p. 69.

LECOURT : Les donations déguisées entre époux après la loi du 28 décembre 1967. J.C.P., 1968, n° 2139.

LESSONA : Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil français. R.T.D.Civ., 1912, p. 361.

LESSOURD : La charge de substitution. J.C.P., 1954.I, n° 1873.

LÉVY (J.-Ph.) : L' « expérience Mayer » et la monnaie de paiement dans les conventions. J.C.P., 1948.I, n° 714.

— Clauses d'échelle mobile et prêts d'argent. J.C.P., 1950.I, n° 840.

— Après l'arrêt du 27 juin 1957. Les clauses d'échelle mobile et le prêt d'argent. J.C.P., 1957.I, n° 1381.

— Après le « tournant » financier de fin 1958. La monnaie, les obligations et les paiements. J.C.P., 1959.I, n° 1472.

LÉVY-SOUSSAN : Article 1833 C. civ. J. Cl. Civ.

LINDON : La clause de non-concurrence dans le contrat de louage de services. J.C.P., 1960, n° 1593.

— Le « droit de préférence » des éditeurs. D. 1968, chr., p. 53.

LYON-CAEN (G.) : Les clauses restrictives de la liberté du travail. Droit social, 1963, p. 88.

MALAURIE : Renonciation. Encycl. D.
— Articles 1111-1115 C. civ. J. Cl. Civ.
— Article 1116 C. civ. J. Cl. Civ.

MARTIN, MAUS et LAFARGE : Commentaire du décret du 30 septembre 1953 et de la loi du 31 décembre 1953. D. 1954, Lég., p. 185.

MAUS et DAUJAT : Commentaire de la loi du 4 août 1962. D. 1963, Lég., p. 129.

MESTRE : Contrats valables et contrats nuls en temps de cours forcé. J.C.P., 1938.I, n° 57.

MOTULSKY : Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire. J.C.P., 1954, n° 1194.

NOIREL : L'influence de la dépréciation monétaire dans le contrat de droit privé, *in* Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée. Etudes publiées sous la direction de Paul Durand, 1961, p. 138.

PAGE : A propos des indexations. Journ. Not. 1959, art. 45986, p. 757.

PATARIN : Article 1396-1397 C. civ. (2 fasc.). J. Cl. Civ.

PÉDAMON : Le régime contemporain des clauses monétaires. D. 1958, chr., p. 101.

PERROT : Article 1321 C. civ. J. Cl. Civ.

PICARD : Les contrats de fourniture entre brasseurs et débitants. J.C.P., 1937, n° 24.

PONSARD : Quelques remarques sur les clauses d'exhérédation. Mélanges Voirin, 1967, p. 666.
— Articles 1168-1174 C. civ. J. Cl. Civ.

RAYNAUD : La renonciation à un droit. R.T.D.Civ., 1936, p. 763.

RIPERT : L'ordre économique et la liberté contractuelle. Mélanges Gény, 1933, t. II, p. 347.

ROBINO : Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine. R.T.D.Civ., 1951, p. 1.

ROUAST : La réduction judiciaire de la rémunération des généalogistes. J.C.P., 1954.I, chr., n° 1179.

RUBELIN-DEVICHI : L'irrecevabilité de l'action civile et la notion d'intérêt général. J.C.P., 1965.I, chr., n° 1922.

SAINT-ALARY : Article 631 C. com. J. Cl. Com.

SALEILLES : Les théories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement lorsque son adversaire, de son côté, n'exécute pas ses engagements. (Exception de refus de paiement pour inexécution ou exception *non adimpleti contractus*). Annales de droit commercial, t. VI, 1892, p. 287.

SAUJOT : La condition juridique des enfants adultérins. R.T.D.Civ., 1956, p. 443.

SAVATIER (R.) : La nouvelle législation des « indexations ». D. 1959, chr., p. 63.
— L'ordre public économique. D. 1965, p. 37.

Semaine Internationale de Droit : La révision des contrats par le juge. Travaux, Paris, 1937.

TALLON (D.) : Articles 903-904 C. civ. J. Cl. Civ.

TIMBAL : Articles 913-916 C. civ. J. Cl. Civ.
— Article 1099 C. civ. J. Cl. Civ.

TOULEMON : La liberté de l'or et les contrats. G.P., 1948.I, Doctr., p. 52.
— Evolution de la jurisprudence en matière de clauses d'échelle mobile et de clauses de variation suivant indices. R.T.D.Com., 1951, p. 663.

— Les étapes de la jurisprudence en matière d'échelle mobile. R.T.D.Com., 1958, p. 697.
— Les obligations indexées et l'indice-or. R.T.D.Com., 1963, p. 443.

TOURNON : Article 1078 C. civ. J. Cl. Civ.

TRASBOT : Quotité disponible. Encycl. D.
— Partage d'ascendant. Encycl. D.
— Dispositions à titre gratuit. Encycl. D.
— La dévaluation monétaire et les contrats de droit privé. *In :* Le Droit privé français au milieu du XX^e^ siècle. Etudes offertes à G. Ripert, t. III, p. 159.
— Conditions et charges confessionnelles dans les libéralités aux personnes morales publiques. Etudes Capitant, p. 836.

VAN DIEVOET (E. et G.) : Le pouvoir du juge de réduire le salaire contractuellement fixé de l'agent d'affaires. Mélanges Dabin, 1963, t. II, p. 911.

VASSEUR : Echelle mobile 1953. D. 1954, chr., p. 1.

VIALLETON : Les legs faits aux réservataires et l'attribution de la réserve. R.T.D. Civ., 1940-1941, p. 1.

VOIRIN : Le sort du contrat contenant une clause « payable en or » ou « valeur-or ». Rev. crit., 1926, p. 337.
— Commentaire de la loi du 14 octobre 1943. D.C., 1944, Lég., p. 1.
— Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences. J.C.P., 1959.I, n° 1467.
— Donations mutuelles entre époux et clauses de réversibilité (loi du 6 novembre 1963). J.C.P., 1963.I, n° 1809.

D. — NOTES DE JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS, RAPPORTS.

(ANONYMES) : Note sous Civ., 22 décembre 1845, D.P., 1846.I.5.
— Note sous Civ., 18 novembre 1879, D.P., 1880.I.55.
— Note sous Paris, 8 juillet 1882, D.P., 1883.II.93.
— Note sous Toulouse, 28 décembre 1892, S. 1893.II.209.
— Note sous Req., 29 janvier 1908, S. 1911.I.503.
— Note sous Paris, 20 janvier 1911. G.P., 1911.II.497.
— Note sous Paris, 20 janvier 1937, D.P., 1938.II.70.
— Note sous Rennes, 14 janvier 1947, G.P., 1947.I.105.
— Note sous Civ., 20 juin 1955, D. 1955, p. 737.
— Note sous Civ., 13 avril 1956, D. 1956, p. 506.
— Note sous Civ., 21 décembre 1964, J.C.P., 1965, n° 14005.

A.B. : Note sous Amiens, 4 mars 1953, Rev. Gén. Ass. Terr., 1953, p. 167.
— Obs. sous Civ., 31 janvier 1956, J.C.P., 1956, n° 9298.

A. S. : Note sous Alger, 27 octobre 1949. J.C.P., 1950, n° 5404.

AUTESSERRE : Note sous Civ., 12 juin 1961, S. 1962, p. 121.
— Note sous Douai, 24 mai 1962, S. 1962, p. 297.
— Note sous Paris, 23 février 1962, S. 1964, p. 48.

BABINET : Rapport, Req., 8 avril 1889, S. 1889.I.112.

BASTIAN : Note sous Com., 14 mars 1950, J.C.P., 1950, n° 5694.

BATTIFOL : Note sous Req., 24 mai 1933, S. 1935.I.257.

BAUDOUIN : Note sous Limoges, 12 octobre 1928, D.P., 1931.II.49.

BECQUÉ (E.) : Note sous Civ., 22 novembre 1949, J.C.P., 1950, n° 5322.

BECQUÉ (J.) : Note sous Aix, 17 décembre 1945, J.C.P., 1946, n° 3035.

BESSON : Obs. sous T. Com. Seine, 21 novembre 1951, J.C.P., 1952, n° 6808.
— Obs. sous Paris, 10 juin 1953, J.C.P., 1953, n° 7686.
— Concl., Civ., 27 juin 1957, J.C.P., 1957, n° 10093 *bis*.

Beudant : Note sous Paris, 18 décembre 1925, D.P., 1927.II.41.

Bischoff : Note sous Paris, 13 juin 1961, J.C.P., 1962, n° 12819.

Bizière : Note sous Soc., 19 novembre 1959, J.C.P., 1960, n° 11397.
— Note sous Soc., 3 janvier 1963, J.C.P., 1963, n° 13048.
— Note sous Paris, 11 mars 1963, J.C.P., 1964, n° 13511.

Blaise : Note sous Crim., 22 février 1962, J.C.P., 1962, n° 12633.

Boccara : Note sous Paris, 13 février 1961, J.C.P., 1962, n° 12671.
— Note sous Paris, 3 octobre 1961, J.C.P., 1962, n° 12759.
— Note sous T.G.I. Seine, 6 janvier 1966, J.C.P., 1966, n° 14660.

Boistel : Note sous Cass., 11 février 1873, D.P., 1873.I.177.

Bosvieux : Note sous T. Com. Lyon, 28 février 1944, J. Soc., 1945, p. 115.

Boyer : Note sous Paris, 21 janvier 1965, J.C.P., 1965, n° 14432.

B.P. : Note sous Paris, 21 janvier 1966, J.C.P., 1966, n° 14877.

Breton (A.) : Note sous Civ., 10 juillet 1968, D. 1968, p. 725.

Bufnoir : Note sous Ch. réunies, 21 juin 1892, S. 1894.I.449.

Capitant (H.) : Note sous Montpellier, 16 décembre 1901, D.P., 1907.II.241.
— Note sous Req., 29 juin 1910, D.P., 1911.I.49.
— Note sous Rouen, 16 novembre 1922, D.P., 1926.II.57.

Carbonnier : Obs., R.T.D.Civ., 1942, p. 70.
— Note sous Bordeaux, 9 juillet 1941, J.C.P., 1943, n° 2112.
— Obs., R.T.D.Civ., 1947, p. 199.
— Note sous T.C. Châtellerault, 8 février 1949, D. 1949, p. 467.
— Obs., R.T.D.Civ., 1952, p. 236.
— Obs., R.T.D.C.v., 1953, p. 124.

Cavarroc : Note sous Civ., 22 mai 1951, J.C.P., 1951, n° 6416.
— Note sous Civ., 22 mai 1951, J.C.P., 1951, n° 6427.

Chavegrin : Note sous Req., 6 février 1894, S. 1895.I.177.

Cordonnier : Note sous Req., 11 septembre 1940, D.C., 1942, p. 116.

Cornu : Obs., R.T.D.Civ., 1962, p. 356.
— Obs., R.T.D.Civ., 1963, p. 374, n° 6.
— Obs., R.T.D.Civ., 1968, p. 560.

Crémieu : Note sous Aix, 29 novembre 1955, D. 1956, p. 398.
— Note sous Paris, 25 janvier 1964, D. 1964, p. 438.
— Note sous Civ., 21 juillet 1964, D. 1964, p. 677.

Dalsace : Note sous Paris, 4 mars 1960, D. 1960, p. 637.

D. B. : Note sous Com., 17 juillet 1951, J.C.P., 1952, n° 7150.
— Note sous Com., 16 novembre 1959, J.C.P., 1960, n° 11725.
— Note sous Paris, 4 mai 1960, J.C.P., 1960, n° 11745.

Defrénois : Note sous Civ., 19 octobre 1965, D. 1966, p. 245.

De Juglart : Note sous Paris, 27 janvier 1956, J.C.P., 1956, n° 9206.

Demogue : Note sous Douai, 22 août 1931, S. 1932.II.75.

Derrida : Note sous Alger, 6 décembre 1955, J.C.P., 1956, n° 9113.

Devilleneuve : Note sous Req., 10 avril 1855, S. 1855.I.321.

Durand (F.) : Note sous Paris, 29 mars 1968, J.C.P., 1968, n° 15649.

Edelman : Note sous T.G.I. Soissons, 5 janvier 1966, D. 1967, p. 704.

Esmein : Note sous Nancy, 11 février 1931, S. 1933.II.97.
— Note sous Civ., 2 août 1950, J.C.P., 1951, n° 6592.

— Note sous Besançon, 26 novembre 1957, J.C.P., 1958, n° 10477.
— Note sous Civ., 4 décembre 1962, J.C.P., 1963, n° 13033.
— Note sous Com., 4 mars 1964, J.C.P., 1964, n° 13713.
— Note sous Ch. réunies, 19 mai 1965, J.C.P., 1965, n° 14463.

Gény : Note sous Civ., 2 mars 1931, S. 1932.I.281.

Gervésie et Chavrier : Note sous Lyon, 6 mai 1952, D. 1953, p. 169.

Ginioux : Note sous Paris, 11 juin 1947, J.C.P., 1947, n° 3840.

Goldmann : Note sous Civ., 4 décembre 1962, Clunet, 1963, p. 750.

Granier : Concl., Amiens, 4 mars 1953, Rev. Gén. Ass. Terr., 1953, p. 167.

Guyon : Note sous Bordeaux, 8 juin 1959, J.C.P., 1960, n° 11638.

H. B. : Note sous T. Com. Seine, 24 octobre 1967, J.C.P., 1968, n° 15450.

Hébraud : Note sous Civ., 31 janvier 1956, D. 1956, p. 589.

Hémard (Jean) : Note sous Com., 24 octobre 1961, D. 1962, p. 46.
— Obs., R.T.D.Com., 1962, p. 97, n° 4.
— Note sous Civ., 3 mars 1964, D. 1965, p. 73.

Hémard (Joseph) : Note sous Montpellier, 16 décembre 1901, S. 1905.II.185.

H. L. : Note sous Rouen, 22 octobre 1924, D.P., 1926.II.54.

H. M. : Note sous T.C. Mayenne, 26 novembre 1936, J.C.P., 1937, n° 126.

Hubrecht : Note sous Civ., 26 novembre 1963, J.C.P., 1964, n° 13652.

Hugueney : Note sous Req., 29 juin 1910, S. 1913.I.33.

Japiot : Note sous T.C. Caen, 18 avril 1921, S. 1921.II.73.

Javon : Note sous Bastia, 13 décembre 1949, Journ. Not., 1952, p. 277.

J.-E. L. : Note sous Civ., 23 février 1869, S. 1869.I.193.
— Note sous Civ., 5 juillet 1889, S. 1890.I.241.

J. G. L. : Note sous Soc., 5 décembre 1957, J.C.P., 1958, n° 10397.

J. L. : Note sous Paris, 23 juin 1892, S. 1893.II.26.

Josserand : Note sous Civ., 29 juin 1932 et 3 août 1932, D.P., 1933.I.49.

J. R. : Note sous Req., 21 décembre 1937, J.C.P., 1938, n° 580.

L. A. : Note sous Civ., 2 mars 1931, J.C.P., 1931, p. 603.

Labbé : Note sous Cass., 11 février 1873, S. 1873.I.97.
— Note sous Civ., 17 juillet 1883, S. 1884.I.305.
— Note sous Civ., 6 mai 1885, S. 1885.I.289.

Lacat : Note sous Angers, 13 mars 1935, J.C.P., 1935, p. 500.

Lagarde (P.) : Note sous Civ., 3 novembre 1964, J.C.P., 1965, n° 14156.

Lalou : Note sous Paris, 30 mars 1922, D.P., 1922.II.89.
— Note sous Paris, 22 février 1924, D.P., 1924.II.17.
— Note sous Paris, 25 avril 1928, D.P., 1928.II.113.
— Note sous Civ., 22 novembre 1926, D.P., 1929.I.123.
— Note sous Aix, 24 février 1932, D.P., 1932.II.47.

Lambert-Faivre : Note sous Civ., 21 novembre 1967, D. 1968, p. 317.

Laurent (J.Ch.) : Note sous Riom, 20 juin 1950, J.C.P., 1950, n° 5827.

Lavouverade : Rapport, Ch. réunies, 21 juin 1892, D.P., 1892.I.369.

Lebrun : Note sous T.I. Rouen, 9 novembre 1959, D. 1961, p. 49.

Lenoan : Note sous Civ., 30 mai 1951, D. 1951, p. 617.

Lerebours-Pigeonnière : Note sous Rennes, 6 novembre 1934, D.P., 1935.II.9.

Lespinasse : Concl., Pau, 3 mars 1869, D.P., 1869.II.204.

Lévy (J.-Ph.) : Note sous Civ., 10 mai 1966, J.C.P., 1966, n° 14871.

Lindon : Note sous Soc., 19 novembre 1959, D. 1960, p. 74.
— Concl., Civ., 3 mars 1964, J.C.P., 1964, n° 13604.

Loup : Note sous Toulouse, 11 mai 1931, D.P., 1931.II.81.

Lyon-Caen (Ch.) : Note sous Req., 21 août 1882, S. 1883.I.113.
— Note sous Orléans, 12 juin 1886, S. 1887.II.201.

Lyon-Caen (G.) : Note sous Soc., 8 mai 1967, D. 1967, p. 690.

Malaurie : Note sous Civ., 4 juillet 1953 et Paris, 4 mai 1955, D. 1956, p. 19.
— Note sous Civ., 29 avril 1965, J.C.P., 1966, n° 14604.
— Note sous Civ., 10 mai 1966, D. 1966, p. 497.

Mazeaud (H. et L.) : Obs., R.T.D.Civ., 1948, p. 73(n° 26.
— Obs., R.T.D.Civ., 1948, p. 332, n° 3.
— Obs., R.T.D.Civ., 1950, p. 183, n° 1.

Mazeaud (J.) : Note sous Civ., 3 mars 1965, D. 1965, p. 428.
— Note au J.C.P., 1967, n° 15038.

M. D. : Note sous Civ., 12 juin 1968, J.C.P., 1968, n° 15657.

Mérignac : Note sous Req., 6 août 1884, D.P., 1885.I.49.
— Note sous Lyon, 6 août 1884, D.P., 1886.II.121.

Mestre : Note sous Toulouse, 11 mai 1931, S. 1932.II.49.
— Note sous T.C. Rouen, 6 janvier 1939, S. 1941.II.9.

Meurisse : Note sous Civ., 9 mai 1962, S. 1963, p. 97.

Meynial : Note sous Civ., 26 mai 1894, S. 1896.I.129.

Mihura : Note sous Civ., 3 novembre 1953, J.C.P., 1953, n° 7840.

Mimin : Note sous Civ., 2 août 1950, D. 1951, p. 581.

Minvielle : Note sous Bordeaux, 26 avril 1926, D.P., 1927.II.103.

M. N. : Note sous Civ., 30 avril 1931, D.C., 1942, p. 6.

Molinier : Concl., Ch. réunies, 19 mai 1965, D. 1965, p. 569.

Morel : Note sous Douai, 1er mai 1945, S. 1946.II.85.

Motulsky : Note sous Com., 22 février 1949, J.C.P. 1949, n° 4899.
— Note sous Paris, 25 juin 1955, J.C.P., 1956, n° 9524.
— Note sous T.C. Seine, 7 juin 1956, J.C.P., 1956, n° 9460.
— Note sous Paris, 17 décembre 1957, J.C.P., 1958, n° 10778.

Naquet : Note sous T.C. Loches, 24 juin 1915, S. 1915.II.97.

Ourliac et de Juglart : Note sous Soc., 13 juin 1958, J.C.P., 1958, n° 10798.

Pédamon : Note sous Civ., 4 décembre 1962, D. 1963, p. 698.

Percerou : Note sous Civ., 2 juin 1947, D. 1948, p. 373.

Petit : Note sous Civ., 27 avril 1906, D.P., 1907.I.97.

Pic : Note sous Civ., 26 mars 1928, D.P., 1930.I.145.

P. L. : Note sous Com., 2 décembre 1964, J.C.P., 1965, n° 14041.

Plancqueel : Note sous Civ., 15 février 1966, J.C.P., 1967, n° 15152.

Planiol : Note sous Nîmes, 22 janvier 1891, D.P., 1891.II.113.
— Note sous Civ., 26 mai 1894, D.P., 1895.I.217.
— Note sous Civ., 20 février 1895, D.P., 1895.I.473.

P. L. R. : Note sous Civ., 30 mai 1943, D.C., 1944, p. 13.

Ponsard : Note sous Civ., 28 juin 1956, J.C.P., 1956, n° 9639.

P. V. : Note sous Angers, 4 juin 1962, J.C.P., 1962, n° 12855.

RADOUANT : Note au D.P., 1927.I.65.
— Note sous Civ., 29 janvier 1930, D.P., 1932.I.65.
RAISON : Note sous Civ., 9 mai 1962, Journ. Not., 1962, p. 689.
R. D. M. : Note sous Com., 13 janvier 1965, J.C.P., 1966, n° 14469.
RIPERT : Obs., Rev. crit., 1907, p. 193.
— Note sous Paris, 27 janvier 1956, D. 1956, p. 240.
— Note sous Civ., 27 juin 1957, D. 1957, p. 649.
R. L. : Note sous Civ., 4 janvier 1966 (3 arrêts), J.C.P., 1966, n° 14541.
— Note sous Civ., 5 mars 1968, J.C.P., 1968, n° 15523.
ROBERT : Note sous Com., 6 octobre 1953, S. 1954.I.149.
— Note sous Civ., 7 mai 1963, D. 1963, p. 549.
— Note sous Orléans, 15 février 1966, D. 1966, p. 340.
— Note sous Civ., 25 février 1966, D. 1967, p. 359.
RONJAT : Concl., Civ., 17 juillet 1883, S. 1884.I.305.
— Concl., Ch. réunies, 21 juin 1892, D.P., 1892.I.373, S. 1894.I.449.
ROUAST : Note sous Crim., 22 février 1962, D. 1962, p. 253.
ROUSSEAU : Note sous Rouen, 16 novembre 1922, S. 1926.II.49.
SARRUT : Note sous Civ., 13 janvier 1897, D.P., 1897.I.273.
SAVATIER (J.) : Note sous T.C. Châtellerault, 8 février 1949, J.C.P., 1949, n° 5074.
— Note sous Bastia, 13 décembre 1949, J.C.P., 1950, n° 5839.
SAVATIER (R.) : Note sous Civ., 25 février 1925, D.P., 1925.I.185.
— Obs., R.T.D.Civ., 1926, p. 199.
— Note sous Pau, 20 juillet 1920, D.P., 1926.II.153.
— Obs., R.T.D.Civ., 1931, p. 631, n° 7.
— Note sous Req., 15 juillet 1931, D.P., 1932.I.33.
— Note sous Req., 1er juin 1932, D.P., 1932.I.169.
— Obs., R.T.D.Civ., 1934, p. 652.
— Obs., R.T.D.Civ., 1936, p. 526.
— Obs., R.T.D.Civ., 1937, p. 875.
— Note sous T. Parit. de Clermont, 26 avril 1949, D. 1950, p. 16.
— Note sous T. Parit. de Lannion, D. 1950, p. 115.
— Note sous Civ., 3 novembre 1953, D. 1954, p. 1.
— Note sous Civ., 9 novembre 1959, D. 1959, p. 613.
— Obs., R.T.D.Civ., 1962, p. 684, n° 6.
— Note sous Angers, 28 janvier 1963, D. 1963, p. 211.
— Obs., R.T.D.Civ., 1963, pp. 388-389.
— Obs., R.T.D.Civ., 1963, p. 592.
— Obs., R.T.D.Civ., 1966, p.332.
— Obs., R.T.D.Civ., 1967, p. 425, n° 10.
— Obs., R.T.D.Civ., 1968, p. 571.
SCHMIDT (D.) : Note sous T.G.I. Strasbourg, 10 janvier 1968, D. 1968, p. 720.
SOLUS : Note sous Paris, 11 juin 1947, S. 1949.II.57.
SPITERI : Note sous Civ., 3 mars 1965, J.C.P., 1965, n° 14280.
THALER : Note sous Req., 17 janvier 1905, D.P., 1906.I.169.
THIERCELIN : Note sous Civ., 17 novembre 1863, D.P., 1863.I.441.
TISSIER : Note sous Cass., 12 décembre 1899, S. 1901.I.497.
TRASBOT : Obs., Rev. crit., 1929, p. 471.
VELIOT : Note sous T.G.I Seine, 14 décembre 1967, G.P., 1968.I.181.
VIALLETON : Note sous Civ., 22 novembre 1926, S. 1927.I.169.
— Obs., Rev. crit., 1929, p. 527.
— Note sous Civ., 23 novembre 1954, D. 1955, p. 305.

VOIRIN : Note sous Civ., 20 mars 1929, D.P., 1930.I.13.
— Note sous Nancy, 11 février 1931, D.P., 1932.II.17.
— Note sous Civ., 30 avril 1941, J.C.P., 1941, n° 1727.
— Note sous Paris, 27 janvier 1942, S.J., 1942, n° 1836.
— Note sous Req., 18 février 1947, J.C.P., 1947, n° 3719.
— Note sous T.C. Seine, 6 février 1948, J.C.P., 1949, Ed. N., n° 5196.
— Note sous Lyon, 6 mai 1952, J.C.P., 1953, n° 7760.
— Note sous Civ., 28 juin 1956, D. 1957, p. 229.
— Note sous Civ., 18 juin 1958, J.C.P., 1958, n° 10807.
— Note sous Rennes, 28 avril 1959, J.C.P., 1959, n° 11227.
— Note sous Civ., 9 novembre 1959, J.C.P., 1960, n° 11584.
— Note sous Angers, 16 juin 1961, J.C.P., 1961, n° 12396.
— Note sous T.C. Nancy, 26 novembre 1961, J.C.P., 1962, n° 12491.
— Note sous Civ., 9 mai 1962, J.C.P., 1962, n° 12815.
— Note sous Paris, 10 décembre 1962, J.C.P., 1963, n° 13160.
— Note sous Civ., 17 juillet 1963, J.C.P., 1964, n° 13814.
— Note sous Ch. réunies, 19 juin 1965, D. 1965, p. 569.
— Note sous Civ., 1er juin 1965, D. 1965, p. 682.
— Note sous Civ., 29 avril 1965, D. 1966, p. 205.
— Note sous T.G.I. Laval, 25 mai 1965, J.C.P., 1966, n° 14650.
— Note sous Civ., 13 juin 1966. D. 1967, p. 77.
— Note sous Civ., 26 février 1968, D. 1968, p. 587.
— Note sous Civ., 11 mars 1968, D. 1968, p. 541.

WAGNER : Note sous Civ., 25 mars 1931, D.P., 1931.I.62.

WAHL : Note sous Trib. de l'Empire (Allemagne), 20 mars 1894, S. 1895.IV.25.
— Note sous Besançon, 20 mars 1897, S. 1899.II.169.
— Obs., R.T.D.Civ., 1909, p. 159.

II. — DROIT ALLEMAND (1).

A. — Ouvrages généraux.

ENNECCERUS-NIPPERDEY : Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Zweiter Halbband, 1955.

FLUME : Encyclopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. II. Band : Das Rechtsgeschäft.

Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern : Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 11. Auflage I. Band, 1959.

LEHMANN : Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs. 14. Auflage, 1963.

PALANDT (et autres) : Bürgerliches Gesetzbuch. 24. Auflage, 1965.

STAUDINGER (J. von) : Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. I. Band, Allgemeiner Teil, Erläutert von Dr. F. Brändl und Dr. H. Coing. 11. neubearbeitete Auflage, 1957.

B. — Monographies et thèses.

DAHMEN : Teilweise nichtige Rechtsgeschäfte. Beiträge zu §§ 139, 313 und 138 BGB. Dissertation Göttingen, 1949.

---

(1) Nous ne citons ici que les ouvrages que nous avons consultés. Pour une bibliographie plus complète, cf. *supra*, note 1, n° 342.

HERZOG : Quantitative Teilnichtigkeit. Dissertation Göttingen, 1926.

JOSEPHTHAL : Die Vorschriften über die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften (§ 139 BGB und Art. 20 Abs. 2 OR)... Dissertation Basel, 1933.

LAPPE : Die Teilnichtigkeit des gesetz- oder sittenwidrigen Rechtsgeschäftes. Dissertation Münster, 1950.

NATTER : Die teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte. BGB 139. Dissertation Tübingen, 1907.

SPETHMANN : Zur Wirkung der Teilnichtigkeit. Ein Beitrag zu § 139 BGB. Dissertation Kiel, 1930.

C. — ARTICLES.

ANDRÉ : Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte. Festgaben für Enneccerus. Marburg, 1913.

LANG : Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, § 139 BGB. Rechtswissenchaftliche Studien. Heft. 32. 1926.

III. — DROIT SUISSE.

A. — OUVRAGES GÉNÉRAUX.

FUNCK : Commentaire du Code fédéral des obligations. Traduction PORRET et PERRÉGAUX, 1930.

GUHL : Das schweizerische Obligationenrecht. 5e éd., 1956.

TUHR (von) : Partie générale du Code fédéral des obligations. Traduction TORRENTÉ et THILO, 1929, t. I.

B. — MONOGRAPHIES ET THÈSES.

AESCHLIMANN : Nichtigkeit wegen Widerrechtlichkeit im Sinne von OR 20, unter Berücksichtigung des Kriegswirtschaftsrechts. Dissertation Zürich, 1949.

JOSEPHTHAL (déjà cité *supra* pour le droit allemand).

LUCIEN-BRUN : Le rôle et les pouvoirs du juge dans le Code civil suisse. Thèse Grenoble, 1920.

MEYER : Die Teilnichtigkeit der Rechtsgeschäfte. Dissertation Basel, 1949.

PIOTET : La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse. Berne, 1956.

TANDOGAN : La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats. Thèse Lausanne, 1952.

C. — ARTICLES.

DESCHÉNAUX : La révision des contrats par le juge. Rev. dr. suisse, 1942, p. 610 *a.*

KUNTER : La réduction de la peine conventionnelle déjà acquittée. Rev. dr. suisse, 1942, p. 104.

OFTINGER : Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht. Rev. dr. suisse, 1938, p. 481 *a.*

PIOTET : De l'invalidité partielle des actes juridiques, spécialement en cas de vice du consentement. Rev. dr. suisse, 1957, p. 97.

— Le complétement judiciaire du contrat. Rev. dr suisse, 1961, p. 367.

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros.

Les chiffres suivis des lettres (A) ou (S) correspondent respectivement aux développements relatifs aux droits allemand et suisse.

— A —

Actes à titre gratuit ..... 37-62.

Actes à titre onéreux ..... 63-108.

Actes complexes :
— définition ..... 31-32, 131.
— nullité partielle ..... 131-173.

Actes simples :
— définition ..... 31-32.
— nullité partielle ..... 34-130.

Actes unilatéraux conditionnels..... 66-67, 285.

Autonomie de la volonté :
— cause impulsive et déterminante ..... 270-272, 289-290, 312, 314.
— condition impulsive et déterminante ..... 281, 286, 289-290, 313-314.
— indivisibilité ..... 305-306, 310-314.
— réduction ..... 175-176, 213, 229, 320, 324.
— rôle ..... 11, 31, 314, 377-379.
— volonté hypothétique ..... 348 (A), 365 (S), 377-379.

— B —

Bail :
v° contrat de bail.

Bonne foi ..... note 5 n° 97, 107, note 3 n° 207, 229, 283, 358-

359 (A), 369 (S), 383-386.

But de la règle de droit ..... 27-28, 336-337, 356-357 (A), 368 (S), 382.

— C —

Cause :
— notion de cause impulsive et déterminante ..... 259-261.
— source de nullités partielles..... 24.

Cause impulsive et déterminante :
— notion ..... 5, 259-279.
— autonomie de la volonté ..... 270-272, 289-290, 312, 314.

Cession d'un bien indivis :
— nullité partielle quant à l'objet ..... 111-114.
— nullité partielle quant aux personnes ..... 125.

Charge :
— avec clause pénale ..... 51-56.
— confessionnelle ..... 46.
— de subsitution
v° substitutions prohibées.
— notion ..... 43, 45.

Clause :
— définition ..... 8, 362 (S), 380.
— condition ..... 69.

Clause compromissoire ..... 84-87.

Clause de célibat ..... 47.

Clause d'inaliénabilité :
— nullité ..... 48.
— réduction de la durée ..... 222.
— réduction des effets ..... 245.

Clause de maintien dans l'indivision ..... 209-213.
— convention ..... 210.
— charge ..... 211, 214.

Clause de non-concurrence :
— nullité ..... 90-91.
— réduction ..... 218-220.

Clause de non-garantie :
— nullité ..... 88.
— réduction des effets ..... 246.

Clause de non-responsabilité :
— nullité ..... 88.
— réduction des effets ..... 246.

Clause de réméré ..... 214.

Clause de renonciation ..... 102-108.

Clause de réversibilité ..... 152-156.

Clause de voie parée ..... 94.

Clause d'exclusivité :
— nullité ..... 92-93.
— réduction ..... 216, 221.

Clause d'exhérédation ..... 61.
Clause léonine :
v° contrat de société.
Clause monétaire ..... 73-83.
Clause pénale :
— dans les libéralités ..... 51-58.
— usuraire ..... note 2 n° 121, 250.
Clause révocatoire ..... 16, 59-60.
Commission de réforme du Code civil ..... note 7 n° 376, notes 1 et 4 n° 380.
Condition :
— biens ..... 48.
— casuelle ..... 44.
— confessionnelle ..... 46.
— domicile et résidence ..... 47.
— droit de la famille ..... 47.
— état des personnes ..... 47.
— liberté du mariage ..... 47.
— potestative pour le donataire ..... 44.
— potestative pour le donateur ..... 49.
— purement potestative ..... 65.
— rapports avec la notion de cause ..... 284-290.
— rapports avec la notion de clause ..... 69.
— signification ..... 44, 65-67, 69-70, 374.
— simplement potestative ..... 66-67.
Condition impulsive et déterminante :
— notion ..... 5, 280-288.
— cause impulsive et déterminante ..... 289-290.
Contrat d'assurance :
— acte complexe ..... 162-163.
— étendue de la nullité ..... 96-100, 162-163.
— réduction des primes ..... 233.
— statut impératif ..... 95.
Contrat de bail :
— durée ..... 127, 199-205.
— étendue de la nullité ..... 96-100.
— loyer illicite ..... 121-123.
— réduction du loyer ..... 232.
— statut impératif ..... 95.
Contrat de bière ..... 165.
Contrat de défense en justice ..... 162-163.
Contrat de mariage :
— acte complexe ..... 137-144.
— clause de régime ..... note 3 n° 110.
— immutabilité ..... 140.
Contrat de société :
— clause léonine ..... 117-120.
— durée ..... note 2 n° 199.
— étendue de la nullité ..... 96-100, 115-120, 126.
— objet ..... 115-116.
— personnes ..... 126.
— statut impératif ..... 95.

Contrat de travail :
— durée ..... 206-207.
— étendue de la nullité ..... 96-100.
— statut impératif ..... 95.
Contrat multilatéral ..... 124-126.
Contre-lettre ..... 169-170.
Conversion ..... 13.

— D —

Divisibilité :
v° indivisibilité.
Dol :
v° vices du consentement.
Donation :
v° aussi : libéralités, cession d'un bien indivis.
— donation-achat ..... 172, 307-309.
— donations complexes ..... 150-160.
— donations conjointes ..... 150-151.
— donations déguisées entre époux ..... 186-187, 307-309.
— vente-donation ..... 172, 307-309.
Donation-partage :
v° partage d'ascendant.
Durée :
— durée minimum ..... 127-129.
— limitation de la durée indéterminée ..... 248, 251.
— réduction ..... 198-223.

— E —

Echange :
— indivisibilité ..... 300.
Effets des actes juridiques :
— effet révocatoire ..... 16, 17, 19.
— effets des actes nuls ..... 15-19.
— réduction des effets ..... 243-252.
Elément accessoire et complémentaire d'un acte :
— définition ..... 9, note 1 n° 36.
— actes à titre gratuit ..... 37-62.
— actes à titre onéreux ..... 63-101.
Elément essentiel d'un acte :
— définition ..... 9, note 1 n° 36.
— nullité partielle ..... 109-129.
Enfant naturel :
— réduction des libéralités ..... 193-195.
Erreur :
v° vices du consentement.

— F —

Formalisme ..... 26.

— I —

Incapacités ..... 21.
— de disposer ..... 179-191.
— de recevoir ..... 192-196.
— réduction ..... 179-196.
Indivisibilité :
— actes complexes ..... 135-173.
— actes matériellement autonomes ..... 167-171.
— bail et promesse de vente ..... 164.
— cause impulsive et déterminante ..... 312.
— clause de réversibilité ..... 151-156.
— condition impulsive et déterminante ..... 313.
— contrat d'assurance ..... 162-163.
— contrat de bière ..... 165.
— contrat de mariage ..... 137-144.
— contre-lettre ..... 169-170.
— donation-achat ..... 172, 306-309.
— donations conjointes ..... 150.
— échange ..... 300.
— engagement lésionnaire du mineur ..... 299.
— matérielle ..... 296-297.
— objective ..... 298-301, 353 (A), 367 (S), 381.
— partage ..... 298.
— partage d'ascendant ..... 157-160.
— subjective ..... 302-314.
— testament ..... 145-149.
— transaction ..... 298.
— vente-donation ..... 172, 306-309.
Indivision :
— durée ..... 209-213.
Inefficacité partielle ..... 14.
Inopposabilité ..... 14, 183.
Intérêts usuraires :
— nullité de certaines clauses ..... 121-122.
— réduction ..... 227.

— J —

Juge :
pouvoir d'intervention ..... 323, 346 (A), 363 (S), 365 (S).

— L —

Legs :
v° libéralités, cession d'un bien indivis.
Legs *de residuo* :
— réduction des effets ..... 245.
Lésion :
— mineur ..... 226, 299.
— réduction ..... 23, 215-229, 239, 242.

Libéralités :
— chose d'autrui ..... 56-57.
— clause pénale ..... 51-58.
— contrat de mariage ..... 137-143.
— enfants naturels : réduction ..... 193-195.
— médecins et ministres du culte ..... 196.
— réduction pour atteinte à la réserve ..... 180-188.
Libéralités conjointes :
— indivisibilité ..... 150-156.
— nullité partielle quant aux personnes ..... 125.
Loyer :
v° contrat de bail.

— M —

Majeur en curatelle :
— réduction des engagements ..... 191.
Mandat :
— durée ..... note 2 n° 199.
Mandataire :
— réduction de la rémunération ..... 228.
Mariage :
v° condition, contrat de mariage.
Médecins :
— libéralités rémunératoires ..... 196.
— réduction des honoraires ..... 228.
Mineur :
— engagement lésionnaire ..... 299.
— testament ..... 189.
Mineur émancipé :
— réduction des engagements ..... 190.
Ministre du culte :
— libéralités rémunératoires ..... 196.

— O —

Objet :
— nullité partielle ..... 25, 110-120.
— réduction ..... 178-197.
Office ministériel :
— réduction du prix ..... 231.
Ordre public :
— clauses de renonciation ..... 105-106.
— clauses monétaires ..... 81-83.
— contrats à statut impératif ..... 96-100.
— critère de son intervention ..... 333-339, 382.
— prix réglementés ..... 122, 230-236.
— rôle en matière de nullité partielle ..... 325-332, 356-357 (A), 368 (S), 382.

— P —

Pacte commissoire ..... 94.
Partage :
— effet déclaratif ..... 113-114.
— indivisibilité ..... 298.
— lésion ..... 226.
Partage d'ascendant :
— clause pénale ..... 56-57.
— lésion ..... note 1 n° 57.
— nullité partielle ..... 157-160.
Partie :
— notion ..... 343 (A).
Personnes :
— nullité partielle quant aux personnes ..... 124-126.
Preuve :
— charge de la preuve ..... 351 (A), 366 (S), 376, 379, 385.
Prix :
— nullité de certaines clauses ..... 121-123.
— réduction ..... 190, note 7 n° 191, 224-242.
— taxation ..... 234-236.
Prodigue :
v° majeur en curatelle.
Promesse de vente :
— durée note 2 n° 199.

— R —

Reconnaissance d'enfant naturel :
— dans un contrat de mariage ..... 137, 142.
— dans un testament ..... 149.

Réduction :
— applications ..... 9, 123, 174-252, 345-346 (A) 363 (S).
— nature juridique ..... 123, 181-185, 190, 315-321.

v° aussi : durée, effets, libéralités, objet, prix, réserve, salaire.

Rémunération :

v° salaire.

Renonciation :

v° clause de renonciation.

Réserve héréditaire :
— domaine d'application de la réduction ..... 185-187.
— nature juridique de la réduction ..... 181-184.
— nullité des clauses attentatoires ..... 123, 180, 212, 222.
— réduction des effets d'une clause ..... 244-245.

Résolution :
— partielle ..... note 2 n° 183.
— réduction pour atteinte à la réserve ..... 182.

Révocation :
— pour inexécution ..... 41.

v° aussi clause révocatoire.

— S —

Saisine de l'exécuteur testamentaire :
— durée ..... 215.

Salaire :
— réduction de la rémunération des mandataires et agents d'affaires ..... 228.
— S.M.I.G. ..... 127-129, 227, 249.

Simulation ..... 169-170.

Substitutions licites :
— réduction des effets ..... 245.

Substitutions prohibées ..... 50.
— par acte séparé ..... 168.

Sûretés :
— pacte commissoire et clause de voie parée..... 94.
— réduction ..... note 1 n° 197.

— T —

Taxation :

v° prix.

Testament :

v° clause d'exhérédation, clause révocatoire, effet révocatoire, libéralités.

Testament complexe ..... 145-149.
Testament conjonctif ..... 147.
Testament-partage :
v° partage d'ascendant.
Théorie générale des nullités ..... 20-29, 327-329.
Transaction :
— indivisibilité ..... 298.

— U —

Usure ..... 121-122, 227.

— V —

Vente :
v° cession d'un bien indivis, lésion.
Vente-donation ..... 172, 307-309.
Vices du consentement :
— dol incident ..... 241.
— dol partiel ..... 22.
— erreur sur la valeur ..... 240.
— nullité de certaines clauses ..... 22.
— réduction ..... 237-242.
— violence morale ..... 238-239.
Violence : .....
v° vices du consentement.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION (n°s 1-29) 1

Section I. — La position du problème : nullités partielles et droit positif français (n°s 3-6) 3

§ 1. — Les textes (n°s 3-4) 3

§ 2. — La jurisprudence (n° 5) 5

§ 3. — La doctrine (n° 6) 6

Section II. — Définition de la notion de nullité partielle et notions voisines (n°s 7-19) 7

§ 1. — Définition technique de la notion de nullité partielle (n°s 8-10) .. 9

§ 2. — Atténuation du caractère arbitraire de la définition technique par le recours au principe d'autonomie de la volonté (n° 11) 10

§ 3. — Notions voisines de celle de nullité partielle (n°s 12-19) 12

1) La notion de conversion (n° 13) 12

2) La notion d'inopposabilité (n° 14) 13

3) La notion d'effets produits par des actes nuls (n°s 15-19) 15

Section III. — Nullité partielle et théorie générale des nullités (n°s 20-29) 21

§ 1. — Nullité partielle et causes de nullité (n°s 21-26) 21

1) Incapacités (n° 21) 22

2) Vices du consentement (n° 22) 23

3) Lésion (n° 23) 24

4) Cause (n° 24) 24

5) Objet (n° 25) 25

6) Vices de forme (n° 26) 26

§ 2. — La place de la notion de nullité partielle dans la théorie générale des nullités (n°s 27-29 26

Première Partie

ETUDE ANALYTIQUE DES NULLITES PARTIELLES EN DROIT POSITIF FRANÇAIS 33

Titre Premier

LA NULLITE DE CERTAINES CLAUSES OU PARTIES D'UN ACTE JURIDIQUE 35

Chapitre Premier. — *La nullité partielle des actes juridiques « simples »* (nos 34-130) 39

Section I. — La nullité des stipulations accessoires ou complémentaires d'un acte juridique (nos 35-108) 40

Sous-section I. — La nullité des stipulations accessoires ou complémentaires dans les actes à titre gratuit (nos 37-62) 42

§ 1. — Le sens de l'article 900 du Code civil (nos 38-42) 42

1) Origine historique de l'article 900 (n° 38) 42

2) Le droit des personnes et de la famille (n° 47) 55

a) La liberté du mariage 55

b) La liberté du domicile 57

3) Le droit des biens (n° 48) 58

§ 3. — Cas particuliers non régis par l'article 900 (nos 49-62) 58

1) Les conditions potestatives pour le donateur (n° 49) 58

2) Les substitutions prohibées (n° 50) 59

3) La clause pénale (nos 51-58) 62

a) Nullité de la libéralité contenant la charge et la clause pénale (n° 53) 63

b) Nullité de la clause pénale seule (n° 54) 63

c) Nullité de la charge que sanctionne la clause pénale (n° 55) 65

d) Nullité de la libéralité dont la clause pénale tendait à assurer l'exécution (nos 56-57) 67

4) La clause révocatoire (nos 59-60) 72

5) La clause d'exhérédation (n° 61) 75

Sous-section II. — La nullité des stipulations accessoires ou complémentaires dans les actes à titre onéreux (nos 63-101) 77

§ 1. — Les principes gouvernant la matière (nos 64-70) 78

1) La signification de l'article 1172 (n° 64) 78

2) Le champ d'application de l'article 1172 (nos 65-68) 80

3) Rapports entre les notions de clause et de condition (nos 69-70) 83

§ 2. — Etude des principaux cas jurisprudentiels de nullité de stipulations accessoires ou complémentaires d'actes à titre onéreux (nos 71-101) 85

I. Clauses-type à vocation multiple (nos 72-88) 86

1) Les clauses monétaires (nos 73-83) 86

a) Le problème de l'étendue de la nullité (nos 75-76). 90
b) Les solutions jurisprudentielles (nos 77-81) 93
c) Appréciation critique de la jurisprudence et solution proposée (nos 82-83) 98
2) La clause compromissoire (nos 84-87) 101
a) Incidence de la nullité de la clause sur le contrat (n° 85) 102
b) Incidence de la nullité du contrat sur la clause : le problème de l'autonomie de la clause compromissoire (nos 86-87) 102
3) Les clauses de non-responsabilité et de non-garantie (n° 88) 105
II. Clauses-type spécifiques à certains contrats (nos 89-94) .. 107
1) La clause de non-concurrence (nos 90-01) 107
2) La clause d'exclusivité (nos 92-93) 110
3) Le pacte commissoire et la clause de voie parée (n° 94) 112
III. Clauses contraires au statut impératif de certains contrats (nos 95-101) 114

Sous-section III. — La nullité des clauses de renonciaiton à des droits ou prérogatives (nos 102-108) 123
1) La nature juridique des renonciations (n° 103) 123
2) La nullité des clauses de renonciation (n° 104) 125
3) L'incidence de la nullité d'une clause de renonciation sur le contrat principal (nos 105-107) 126

Section II. — La nullité des stipulaitons concernant un élément essentiel d'un acte juridique (nos 109-129) 131
§ 1. — Nullités partielles concernant l'objet de l'acte (nos 110-120) 133
1) Nullité partielle de la cession d'un bien indivis (nos 111-114) 134
2) Nullité partielle de l'objet en matière de société (nos 115-120). 139
a) L'objet complexe (n° 116) 139
b) La clause léonine (nos 117-120) 141
§ 2. — Nullité des clauses constituant indirectement une majoration illicite d'un prix réglementé (nos 121-123) 147
1) Incidence de la nullité d'une telle clause sur le contrat (n° 122) 148
2) Rapports avec la notion de réduction (n° 123) 149
§ 3. — Nullité d'un acte juridique à l'égard de certaines personnes seulement (nos 124-126) 150
§ 4. — Substitution impérative d'une disposition légale à l'élément essentiel défaillant (nos 127-129) 154

Conclusion (n° 130) 157

CHAPITRE II. — *La nullité partielle des actes juridiques « complexes »* (nos 131-173) 159

Section I. — Position du problème et recherche d'un principe de solution (nos 132-135) 159

Section II. — L'étendue de la nullité des actes « complexes » dans la pratique (nos 136-172) 163

§ 1. — Le contrat de mariage (nos 137-144) 163
1) Nullité de l'opération jointe aux conventions matrimoniales (nos 138-140) 165
2) Nullité des conventions matrimoniales elles-mêmes (nos 141-144) 170
§ 2. — Le testament « complexe » (nos 145-149) 174
1) Pluralité de legs (n° 146) 175
2) Testaments conjonctifs (n° 147) 176
3) Testament-partage (n° 148) 177
4) Testament et reconnaissance d'un enfant naturel (n° 149) .. 178
§ 3. — Les donations « complexes » (nos 150-160) 179
1) Les donations conjointes (n° 150) 179
2) La clause de réversibilité (nos 151-156) 180
3) Le partage d'ascendant (nos 157-160) 187
§ 4. — De quelques hypothèses d'actes « complexes » à titre onéreux (nos 161-166) 192
1) Assurance et contrat de défense en justice (nos 162-163) 193
2) Bail et promesse de vente (n° 164) 196
3) Le contrat de bière (n° 165) 197
4) Hypothèses diverses (n° 166) 198
§ 5. — Les actes matériellement distincts mais subjectivement indivisibles (nos 167-172) 200
1) La substitution prohibée par acte séparé (n° 168) 201
2) La contre-lettre (nos 169-170) 201
3) Actes réellement autonomes du point de vue objectif (n° 171). 205
4) Les cas particuliers de la donation-achat et de la vente-donation (n° 172) 206
Conclusion (n° 173) 207

TITRE II

LA REDUCTION DES STIPULATIONS EXCESSIVES 209

INTRODUCTION. — Les problèmes soulevés par la réduction en tant que nullité partielle (nos 174-177) 209

CHAPITRE PREMIER. — *La réduction de l'objet d'une obligation pour incapacité* (nos 178-197) 217

Section I. — La réduction pour incapacité de disposer (nos 179-191) 218
§ 1. — La réduction pour atteinte à la réserve (nos 180-188) 218
1) La nature juridique de la réduction pour atteinte à la réserve (nos 181-185) 219
a) La thèse de la résolution (n° 182) 220
b) La thèse de l'inopposabilité (n° 183) 221
c) Solution proposée : la nullité partielle (nos 184-185) 223
2) Le domaine d'application de la réduction pour atteinte à la réserve (nos 186-188) 225
§ 2. — Les cas particuliers de réduction pour incapacité de disposer (nos 189-191) 230

1) L'incapacité partielle de tester du mineur (n° 189) 230
2) La réduction des engagements excessifs du mineur émancipé avant la loi du 14 décembre 1964 (n° 190) 230
3) La réduction des engagements excessifs des « majeurs sous la sauvegarde de justice » et des « majeurs en curatelle » (n° 191) 232

Section II. — La réduction pour incapacité de recevoir (n°s 192-196) 233
1) Les enfants naturels reconnus (n° 193) 234
2) Les enfants naturels non reconnus (n° 194) 235
3) Les enfants adultérins ou incestueux (n° 195) 236
4) Les médecins et ministres du culte (n° 196) 238

Conclusion (n° 197) 239

CHAPITRE II. — *La réduction de la durée d'une convention* (n°s 198-223) 241

Section I. — Le problème général de l'engagement perpétuel ou viager (n°s 199-207) 242
§ 1. — La durée du bail (n°s 200-205) 243
1) La nullité totale fondée sur l'article 1172 (n°s 201-202) 244
2) La nullité totale fondée sur l'article 1709 (n°s 203-204) 246
3) Solution proposée (n° 205) 248
§ 2. — La durée du contrat de travail (n°s 206-207) 249

Section II. — Cas particuliers de conventions à durée limitée (n°s 208-222) . 251
§ 1. — Les cas prévus par le législateur (n°s 209-216) 252
1) L'article 815, al. 2 : la stipulation de maintien de l'indivision (n°s 209-213) 252
a) La convention d'indivision (n° 210) 252
b) La charge de maintien dans l'indivision stipulée par l'auteur d'une libéralité (n°s 211-212) 253
2) La clause de réméré (n° 214) 257
3) La saisine de l'exécuteur testamentaire (n° 215) 258
4) Les clauses d'exclusivité de la loi du 14 octobre 1943 (n° 216) 258
5) Le droit de préférence de l'éditeur de l'article 34 de la loi du 11 mars 1957 (n° 216) 259
§ 2. — Les cas purement jurisprudentiels de réduction de la durée (n°s 217-222) 260
1) La clause de non-concurrence (n°s 218-220) 260
2) Les clauses d'exclusivité non visées par la loi du 14 octobre 1943 (n° 221) 264
3) La clause d'inaliénabilité (n° 222) 266

Conclusion (n° 223) 268

CHAPITRE III. — *La réduction du prix excessif* (n°s 224-242) 271
Section I. — Réduction du prix et lésion (n°s 225-229) 272
1) La réduction, sanction naturelle de la lésion (n° 225) 272
2) Les solutions du droit positif (n°s 226-229) 273

Section II. — Réduction du prix et ordre public économique (n°s 230-236) . 280
§ 1. — Hypothèses particulières de réduction du prix fondée sur l'ordre public (n°s 231-233) 281
1) Le prix de cession des offices ministériels (n° 231) 281
2) Les loyers excessifs (n° 232) 282
3) La surassurance (n° 233) 283
§ 2. — Le problème général de la réduction des prix taxés (n°s 234-236) 283

Section III. — Réduction et vices du consentement (n°s 237-242) 286
1) La violence morale (n°s 238-239) 286
2) L'erreur sur la valeur (n° 240) 288
3) Le dol incident (n° 241) 290

Chapitre IV. — *La réduction des effets d'une clause, sans modification apparente de celle-ci* (n°s 243-252) 293
§ 1. — Etude jurisprudentielle du phénomène (n°s 244-250) 294
1) Réduction des effets et protection de la réserve héréditaire (n°s 244-245) 294
2) Réduction des effets et clauses de non-responsabilité ou de non-garantie (n°s 246-247) 297
3) Réduction des effets et durée indéterminée d'une convention (n° 248) 299
4) Réduction des effets et atteinte indirecte au S.M.I.G. (n° 249) . 300
5) Hypothèses diverses (n° 250) 301
§ 2. — Synthèse (n°s 251-252) 301

Conclusion de la Première Partie (n°s 253-255) 305

Deuxième Partie

LA THEORIE DES NULLITES PARTIELLES 309

Titre Premier

LES BASES DU SYSTEME JURISPRUDENTIEL FRANÇAIS ... 311

Chapitre Premier. — *Les notions de cause et de condition impulsive et déterminante* (n°s 258-290) 313

Section I. — La notion de cause impulsive et déterminante et l'article 900 (n°s 259-279) 313
§ 1. — Signification des termes de « cause impulsive et déterminante » (n°s 259-262) 313
§ 2. — Le domaine d'application de la notion de cause impulsive et déterminante (n°s 263-264) 318
§ 3. — La mise en œuvre jurisprudentielle de la notion de cause impulsive et déterminante (n°s 265-272) 320
1) Evolution jurisprudentielle de la notion de cause impulsive et déterminante au travers de son application (n°s 265-267) .. 320

2) Relations entre la notion de cause impulsive et déterminante et l'intention des parties (n°s 268-272) 324

§ 4. — Appréciation critique de l'ensemble du système fondé sur la notion de cause impulsive et déterminante (n°s 273-279) 332

1) La contradiction fondamentale du système jurisprudentiel (n°s 273-277) 332

a) En matière de donations (n°s 274-275) 333

b) En matière de legs (n° 276) 335

2) A la recherche de remèdes appropriés (n° 278) 338

Section II. — La notion de condition impulsive et déterminante et l'article 1172 (n°s 280-288) 340

§ 1. — La mise en œuvre jurisprudentielle de l'article 1172 (n°s 281-285) 341

1) Signification de la notion de condition impulsive et déterminante (n°s 281-283) 341

2) L'intervention de la notion de cause dans la sphère de l'article 1172 (n°s 284-285) 346

§ 2. — Appréciation critique de la mise en œuvre jurisprudentielle de l'article 1172 (n°s 286-288) 349

Section III. — Bilan de l'étude des notions de cause et de condition impulsive et déterminante (n°s 289-290) 351

CHAPITRE II. — *La notion d'indivisibilité* (n°s 291-314) 355

Section I. — La notion d'indivisibilité en droit positif en général. Recherche d'une définition (n°s 292-294) 355

Section II. — L'indivisibilité, critère de l'étendue de la nullité (n°s 295-310) . 358

§ 1. — L'indivisibilité matérielle ou objective (n°s 296-301) 358

1) L'indivisibilité purement matérielle (n°s 296-297) 359

2) L'indivisibilité résultant de la nature juridique de l'opération (n°s 298-300) 362

3) Signification de l'indivisibilité objective dans ses deux aspects (n° 301) 368

§ 2. — L'indivisibilité subjective (n°s 302-310) 369

1) Le contenu de la notion d'indivisibilité subjective (n°s 303-305) 370

2) L'usage jurisprudentiel de la notion d'indivisibilité subjective. Le cas particulier de la donation-achat et de la vente-donation (n°s 306-309) 373

3) Appréciation critique de l'utilisation du concept d'indivisibilité subjective comme critère de l'étendue de la nullité (n° 310) 379

Section III. — La notion d'indivisibilité et ses rapports avec celles de cause et de condition impulsive et déterminante (n°s 311-314) 380

1) Indivisibilité subjective et cause impulsive et déterminante (n° 312) 381

2) Indivisibilité subjective et condition impulsive et déterminante (n° 313) 382

CHAPITRE III. — *La notion de réduction* (n°s 315-324) 385

Section I. — La nature juridique de la réduction (n°s 316-321) 386
1) Les affirmations contradictoires des auteurs (n° 317) 386
2) La thèse de M. Tanagho (n°s 318-320) 388
3) L'assimilation nécessaire de la réduction et de la nullité d'une clause (n° 321) 392

Section II. — Critère de l'étendue de la nullité en cas de stipulation quantitativement excessive (n°s 322-324) 393
1) Détermination de l'étendue de l'illicéité (n° 323) 394
2) Déterminaiton de l'étendue de la nullité (n° 324) 395

CHAPITRE IV. — *Ordre public et nullité partielle* (n°s 325-339) 397

Section I. — Les raisons d'être de l'incidence de la notion d'ordre public sur l'étendue de la nullité (n°s 327-332) 399
§ 1. — Les raisons théoriques (n°s 327-329) 399
§ 2. — Les justifications pratiques (n°s 330-332) 401

Section II. — Recherche d'un critère de l'intervention de l'ordre public en matière d'étendue de la nullité (n°s 333-337) 405
§ 1. — Le critère textuel (n° 334) 405
§ 2. — Le critère tenant à la qualification de la règle de droit violée (n° 335) 407
§ 3. — Le critère téléologique (n°s 336-337) 409

Conclusion (n°s 338-339) 411

CONCLUSION DU TITRE I (n° 340) 414

TITRE II

L'ETENDUE DE LA NULLITE « DE LEGE FERENDA » 415

CHAPITRE PREMIER. — *Les leçons du droit comparé : Examen des systèmes allemand et suisse* (n°s 341-370) 418

Section I. — Le système allemand (n°s 342-360) 418
§ 1. — Le domaine d'application de l'article 139 (n°s 343-347) 419
§ 2. — La signification de la solution de principe contenue dans l'article 139 (n°s 348-351) 424
§ 3. — Les conditions d'application de l'article 139 (n°s 352-360) 429
1) La divisibilité objective (n° 353) 430
2) La valeur subsidiaire de l'article 139 (n°s 354-357) 431
3) Le rôle de la notion de bonne foi (n°s 358-360) 434

Section II. — Le système suisse (n°s 361-369) 438
§ 1. — Le domaine d'application de l'article 20, al. 2 (n°s 362-363) .. 439
§ 2. — La signification de la solution de principe contenue dans l'article 20, al. 2 (n°s 364-366) 443
§ 3. — Les conditions d'application de l'article 20, al. 2 (n°s 367-369) .. 446
1) La divisibilité objective (n° 367) 446

2) La valeur subsidiaire de la règle de l'article 20, al. 2 (n° 368) 447
3) Le rôle de la notion de bonne foi (n° 369) 449

Conclusion (n° 370) 450

CHAPITRE II. — *Essai de synthèse constructive* (n°s 371-389) 451

Section I. — Le cadre d'une réforme éventuelle (n°s 372-374) 452

Section II. — Le contenu d'une réforme éventuelle (n°s 375-386) 455
§ 1. — Les données de base de la réforme (n°s 376-380) 456
1) Le choix d'une solution de principe (n° 376) 456
2) Le choix d'un critère (n°s 377-379) 457
3) La délimitation du champ d'application du texte (n° 380) .. 461
§ 2. — Les conditions et modalités de l'application de ces données de base (n°s 381-386) 462
1) La divisibilité objective (n° 381) 463
2) La valeur subsidiaire du texte général (n° 382) 464
3) Le rôle de la notion de bonne foi (n°s 383-386) 465

Section III. — Proposition de texte (n°s 387-389) 469

CONCLUSION (n° 390) 473

LISTE DES ABRÉVIATIONS 475

BIBLIOGRAPHIE :
I. Droit français 477
II. Droit allemand 490
III. Droit suisse 491

INDEX ALPHABÉTIQUE 493

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
PARIS -- 1307
Dépôt légal : 2e Trimestre 1969

Printed in France

IMPRIMERIE R. VANÇON
77, rue du Cardinal-Lemoine
PARIS (5e)
N° 267 7-5-69